Das Vorrecht der Arbeitnehmer im Konkurse des Arbeitgebers

Inaugural-Dissertation

verfasst und der hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Alberto-Ludoviciana-Universität zu Freiburg i. Br. zur Erlangung der juristischen und staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Eugen Schöndienst
Referendar
in Freiburg i. Br.

1 9 3 5

Buchdruckerei Theodor Kehrer, Freiburg im Breisgau

Referent: Prof. Dr. Rudolf Schultz

Durch die Genehmigung einer Dissertation nimmt die Fakultät nicht Stellung zu den darin ausgesprochenen Anschauungen.

Meinen lieben Eltern
gewidmet

Inhaltsübersicht.

A. Einleitung 1
I. Das Wesen und die Grundtendenzen der Vorrechte 1
II. System der Lidlohnbevorrechtigung 4
B. Die Verdingung 6
I. Die Verdingung und wirtschaftliche Abhängigkeit . 6
II. Das Dauerarbeitsverhältnis als Tatbestandsmerkmal der Verdingung 17
III. Der Grad der Inanspruchnahme durch den Gemeinschuldner als Unterscheidungskriterium . . . 19
IV. Die Relativität der Verdingung 25
V. Verdingung neben Einkommen aus Kapital. Zweck der Dienstleistung 27
VI. Die Verdingung und die zivilrechtlichen Arbeitsvertragsformen 31
VII. Gesellschaftsverhältnis und Verdingung . . . 44
C. Die Frage der Nützlichkeit der Dienstleistung für den Lebens- und Wirtschaftskreis des Gemeinschuldners 49
D. Der Begriff der Dienstbezüge 52
E. Die zeitliche Beschränkung des Vorrechts 56

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545312_0115

Literatur.

Albrecht und Tentler (zit. Tentler): Das Recht der Agenten, ein Komm. zu §§ 84—92 HGB., Berlin 1908.

Baum: Das Recht des Arbeitsvertrags, Leipzig 1911.

Bett: Der Konkurs der Aktiengesellschaft und ihre Erneuerung, Rostock 1904.

Brodmann: Das Gesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Komm., Berlin-Leipzig 1924.

Crome: Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht, Freiburg 1897.

Dabelow: Ausführliche Entwicklung vom Konkurse der Gläubiger. H. 1801.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch, Komm., Mannheim-Berlin-Leipzig 1932.

von Eckartsberg: Die Anstellungsverträge der Organmitglieder im Konkurse handelsrechtlicher Körperschaften, Berlin 1932.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, I. Bd. I. Abtlg.: Einleitung allgem. Teil von Enneccerus, 30.—34. Aufl. Marburg 1928.

Graf und Dietherr: Deutsche Rechtsprichwörter, 2. Ausgabe, Nördlingen 1869.

Günther: Der Konkurs der Gläubiger nach gemeinem und deutschem Rechte, zweite vermehrte u. verb. Auflage, Leipzig 1852.

Hachenburg: Dienstvertrag und Werkvertrag im BGB. Mannheim 1908.

Höfchen: Begriffsbestimmung u. arbeitsrechtliche Stellung des leitenden Angestellten in „Arbeitsrecht", Zeitschr. für Dienstrecht der Arbeiter und Angestellten usw. Jahrg. VIII S. 277.

Homeyer: Des Sachsenspiegels I. Teil oder das Sächsische Landrecht, III. umgearbeitete Auflage, Ferlin 1861.

Höniger: Die beiden Grundformen des Arbeitsvertrags in: Höniger-Wehrle: Arbeitsrecht, Sammlung S. XXI ff., 6. Auflage, Mannheim-Berlin-Leipzig 1925.

Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts, 2. Aufl. Mannheim-Berlin-Leipzig 1928.

Hueck: In Handbuch des Arbeitsrechts: Das Arbeitsvertragsrecht, B. 2, Stuttgart 1922.

Josef: Der Einfluß beiderseitigen Verschuldens auf den Vergütungsanspruch beim Werkvertrag in Rhein. Z. 1910 S. 206.

Jaeckel-Güthe: Das Zwangsversteigerungsgesetz, Komm., Berlin 1929.

Jaeger: Komm. zur Konkursordnung, 2 Bände, 6. u. 7. umgearb. Aufl., Berlin 1931, 1933, 1934.

Jakobi: Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927.

Kiesow: Komm. z. Vergleichsordnung, Mannheim-Berlin-Leipzig 1932.

Koch: Das Recht der Forderungen, 1. Bd., Breslau 1836

Kreller: Zum Entwurf eines allgem. Arbeitsvertragsgesetzes in Archiv für ziv. Prax. Bd. 122 S. 1 ff.

Kaskel: Arbeitsrecht, 2. Aufl. Berlin 1925.

Knoke: Das Recht d. Gesellschaft nach dem BGB. in Fischers Abhandlungen 1907, Jena 1901.

Liefmann: Ueber Wesen und Formen des Verlags der Hausindustrie, Frankfurt 1905.

Marwitz: Der Bühnenengagementsvertrag, Berlin 1902.

Melsbach: Deutsches Arbeitsrecht, Berlin-Leipzig 1923.

Mentzel: Komm. z. Konkursordnung, Mannheim-Berlin-Leipzig 1932.

Molitor: Das Wesen des Arbeitsvertrags, Leipzig-Erlangen 1925.

Molitor-Hueck-Riezler: Der Arbeitsvertrag u. der Entwurf eines allgem. Vertragsgesetzes, Mannheim 1925.

Nikisch: Die Grundformen des Arbeitsvertrags u. des Anstellungsvertrags, Berlin 1926.

Oertmann: Deutsches Arbeitsrertragsrecht, Berlin 1923.

Parisius-Crüger-Crecelius: Das Genossenschaftsgesetz, Komm., Berlin-Leipzig 1926.

Petersen-Kleinfeller: Die Konkursordnung für das Deutsche Reich, Komm. 4. Aufl., Lahr 1900.

Pesch: Lehrbuch der Nationalökonomie, 5 Bände, 1.—4. Aufl., Freiburg 1923, 1924.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch, Komm., Berlin 1907.

Potthoff: Beiträge zur Kritik und Reform in „Arbeitsrecht", Zeitschrift für Dienstrecht usw. Jahrg. X, S. 106 ff.

Richter: Arbeitsrecht als Rechtsbegriff, eine systematologische Studie, Leipzig-Erlangen 1923.

Riezler: Der Werkvertrag nach dem BGB. für das Reich, Jena 1900.

Rosin: Das Recht der Arbeiterversicherung, 2 Bände, Berlin 1893/1905.

Rümelin, Gustav: Dienstvertrag und Werkvertrag, Tübingen 1905.

v. Sarwey-Bossert: Die Konkursordnung, Komm. 3. Aufl., Berlin 1896.

Sigel: Der gewerbliche Arbeitsvertrag nach dem BGB., Stuttgart 1903.

Silberschmidt: Zur Begriffsbestimmung des Arbeitsvertrags in „Arbeitsrecht", Zeitschrift für usw., Jahrg. VII S. 70 ff.

Silberschmidt: Die Arbeit als Gegenstand des Arbeitsrechts in RABlatt 1921, nichtamtl. Teil S. 704 ff.

Stadthagen: Das Arbeiterrecht, Stuttgart 1900.

Staub-Hachenburg: Das Gesetz und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 2 Bände, 2. Aufl., Berlin 1906—1909.

Staub-Pinner: Komm. zum HGB., 12. u. 13. Aufl., Berlin-Leipzig 1926.

Staudinger: Komm. zum BGB., Schuldverhältnisse, 2. u. 3. Teil, München-Berlin-Leipzig 1928—1929.

Stempf: Handbuch des Gantverfahrens und des Gantrechtes im Großherzogtum Baden, 3. verm. u. verb. Auflage, Freiburg 1872.

Stern: Die Schuldverschreibungsgläubiger im Konkurs der Hypothekenbank, Diss., Potsdam 1904.

Stobbe: Beiträge zur Geschichte des Deutschen Rechts, Braunschweig 1865.

Stritzke: in Zeitschr. für Konkurs- u. Treuhandwesen 1930 S. 3 f.

Völnderndorf: Die Konkursordnung für das Reich nebst Einführungsgesetz, 2 Bände, Erlangen 1879—1885.

v. Wilmkowski-Kurlbaum: Die Konkursordnung, Berlin 1903.

Wölbling: Zum Rechte der Akkordarbeit in RABl. nichtamtl. Teil 1922 S. 543.

Materialien.

1. Stenografische Berichte über die Verhandlungen des Deutschen Reichstags, 2. Legislaturveriode, 2. Session, 1874/75, 4. Band, Anlagen.
2. Stenografische Berichte über die Reichstagsverhandlungen, 2. Legislaturperiode, 4. Session, 1876, 3. Band, Anlagen.
3. Stenografische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags, 9. Legislaturperiode, 5. Session, 1897/98, 2. Band.
4. Stenografische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags, 9. Legislaturperiode, 5. Session, 1897/98, 3. Band, Anlagen.

Abkürzungsverzeichnis.

Arbeitsrecht	Zeitschrift für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten, herausgegeben von H. Potthoff.
Bens.Samml.	Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte, herausgegeben von Dersch, Flatow, Gerstel, Hueck und Nipperdey, Verlag J. Bensheimer, Mannheim.
BGB.	Bürgerliches Gesetzbuch.
DJZ.	Deutsche Juristenzeitung.
GewO.	Gewerbeordnung.
HGB.	Handelsgesetzbuch.
HRR.	Höchstrichterliche Rechtsprechung, Beilage zur juristischen Wochenschau.
JW.	Juristische Wochenschrift.
LG.	Landgericht.
LZ.	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.
KG.	Kammergericht.
KonkTreuh.	Zeitschrift für Konkurs- und Treuhandwesen.
NZfArb.	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht.
OLG.	Oberlandesgericht und Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
RABl.	Reichsarbeitsblatt.
RAG.	Reichsarbeitsgericht und amtliche Sammlung seiner Entscheidungen.
Recht	Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand.
RG.	Reichsgericht und Sammlung seiner Entscheidungen.
RheinZ.	Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht.
ROHG.	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
RVO.	Reichsversicherungsordnung.
SeuffArch.	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
ZPO.	Zivilprozeßordnung.
ZZP.	Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß.

A. EINLEITUNG.

I. Das Wesen und die Grundtendenzen der Vorrechte.

Das heutige Privatrecht ist bestimmt von dem Grundsatz der rangmäßig gleichen Behandlung aller persönlichen Forderungen. Wo das Gesetz Ausnahmen zulässt oder gebietet, können Gesichtspunkte mannigfaltiger Art entscheidend sein. Immer aber werden es Gesichtspunkte sein, die den bevorrechtigten Gläubiger nicht zum Zwecke seiner persönlichen Wohlfahrt an sich schützen und vor den anderen Gläubigern auszeichnen wollen. Ausschlaggebende Tendenz wird immer nur sein, den Gläubiger deshalb zu bevorrechtigen, weil die Gesamtheit ein Interesse an seiner wirtschaftlichen und finanziellen Existenz hat. Kein anderer Grund liegt auch den im § 61 Ziffer 1, 4 und 5 der Konkursordnung festgelegten Vorrechten zugrunde[1]). Die in Ziffer 4 genannten Personen müssen, wenn auch nicht mehr kraft Gesetzes[2]), so doch nach allgemeiner Sitte ohne Rücksichtnahme auf die Zahlungsfähigkeit des Hilfsbedürftigen die von ihnen verlangten Hilfeleistungen erfüllen und die von ihnen verlangten Lieferungen ausführen. Da sie somit ihre Leistung vollbringen müssen, ohne sie davon abhängig machen zu dürfen, daß auch eine Gegenleistung gewährt werden wird, bestimmt sich ihr Austausch von Leistung gegen Gegenleistung nicht nach dem sonst im Erwerbsleben allgemein befolgten Grundsatz, das Gesamtvermögen nur dann durch Weggabe eines Gegenstandes zu verringern, wenn Gewißheit oder doch große Wahrscheinlichkeit besteht, durch die Gegenleistung den durch die Vorleistung entstandenen Verlust wieder wettzumachen. Mit der Bevorrechtigung der Vergütungsforderung der in Ziffer 4 genannten Personengruppen will der Gesetzgeber nun einmal bewirken, daß jene Personengruppen ihre Tätigkeit nicht von der Vermögenslage des Patienten und davon abhängig machen, ob dieser auch in der Lage sein wird, die Behandlungs- und

[1]) Die in Ziffer 2 und 3 genannten Forderungen sind öffentlich-rechtlicher Natur und scheiden deshalb bei der Begründung der Bevorrechtigung der Privatrechte aus. Gleichwohl kann man auch von ihnen sagen, daß sie deshalb bevorrechtigt sind, weil die Gesamtheit ein Interesse an der Finanzkraft der öffentlich-rechtlichen Institute hat.

[2]) Ein gesetzlicher Zwang bestand in manchen Landesteilen vor dem Inkrafttreten der Gewerbeordnung. Vgl. § 144 GewO.

Medikamentenkosten zu bezahlen. Zum Weiteren soll die wirtschaftliche Existenz der Aerzte usw., die bei mehreren Insolvenzen von Patienten gefährdet werden könnte, gesichert werden.

Aehnliche Gründe waren auch beherrschend bei der Schaffung einer Bevorrechtigung für die Forderungen der Mündel „in Ansehung ihres gesetzlich der Verwaltung unterworfenen Vermögens". Da die Gesetzgebung nicht in der Lage ist, eine ordnungsmäßige Verwaltung durch den Vermögensverwalter genügend zu sichern, und es dem Staate darum zu tun ist, daß die Minderjährigen später aufgrund ihres Vermögensstockes sich eine gesicherte Existenz zu schaffen imstande sind, hat er sie als eines besonderen Schutzes bedürftig angesehen[3]). Auch das Konkursvorrecht des in Ziffer 1 genannten Personenkreises ist nichts anderes als der Niederschlag sozialpolitischer Tendenzen. Geschützt werden soll, vom rechtspolitischen Standpunkt aus gesehen, nicht zuerst die Forderung eines Mitgliedes jenes Personenkreises, sondern die materielle wirtschaftliche Grundlage der Arbeitskraft als eines in der Volkswirtschaft wesentlichen Produktionsmittels und damit die Arbeitskraft selbst. Wenn nun, wie im Verlaufe der Untersuchung gezeigt werden soll, das Vorrecht des § 61 Ziffer 1 sich nicht auf alle Forderungen erstreckt, die aus Leistung von Arbeit entstanden sind, so ist durch diese Begrenzung des Vorrechts zum Ausdruck gebracht, daß dem Gesetzgeber nicht jede im Wirtschaftsprozeß verwendete Arbeitskraft bei Konkurs des Arbeitgebers in ihrer materiellen Grundlage derart gefährdet erscheint, daß sie vor den übrigen Konkursforderungen rangmäßig bessergestellt werden muß.

Aus dem soeben Gesagten wird bereits das Für und Wider des Konkursvorrechtes überhaupt und seiner Anwendung auf die einzelnen Rechtsverhältnisse deutlich. In Widerstreit stehen die Interessen der nichtbevorrechtigten Gläubiger, die sich aus irgendwelchen Gründen mit dem Gemeinschuldner im Vertrauen auf dessen Kreditfähigkeit in einen Geschäftsverkehr eingelassen haben, und die nun die Befriedigung ihrer Ansprüche aus der Konkursmasse durch die Vorrechte gefährdet sehen und die Interessen derjenigen, bei denen allgemeinwichtige Güter, im Falle des § 61 Ziffer 1 die Arbeitskraft, vor den Folgen einer Insolvenz des Schuldners geschützt werden sollen. Mit Recht nehmen jene nichtbevorrechtigten Gläubiger für sich in Anspruch, daß auch ihre Interessen von allgemeiner Bedeutung sind. „Ein jeder, der mit dem Schuldner Geschäfte abschließen will, muß leicht imstande sein, eine Uebersicht zu gewinnen, ob die Kräfte des Schuldners ausreichen, seine und die sonstigen Forderun-

[3]) Auch hinsichtlich der nicht in der Konkursordnung geregelten Privilegien war das Interesse der Allgemeinheit an gewissen staats- und volkswirtschaftlich wichtigen Institutionen von ausschlaggebender Bedeutung gewesen. Vgl. wegen des Vorrechts der Schuldverschreibungsgläubiger: Stern a. a. O. S. 34 ff.

gen zu decken . . .“[4]). Jedes Vorrecht vermindert deshalb die Kreditfähigkeit eines Kreditbedürftigen, eine Tatsache, welche die Gesetzgebung bei den Verhältnissen der heutigen Wirtschaftsordnung nicht aus den Augen verlieren darf. Die Kreditsicherheit ist tatsächlich ein Gut von allgemeinwichtiger Bedeutung, das nur deshalb im § 61 keine Berücksichtigung erfahren hat, weil damit die Privilegierung in das Unermeßliche gestiegen wäre, und weil sich auch die Kreditsicherheit durch andere Mittel als gerade durch die Bevorrechtigung der Geschäftsforderungen im Konkurse des Schuldners erreichen läßt.

Unter Berücksichtigung dieser widerstreitenden Interessenlagen hat die Gesetzgebung von 1877 die Konkursprivilegien gegenüber der bis dahin maßgebenden Regelung in den landesrechtlichen Prioritätenordnungen und im gemeinen deutschen Rechte[5]) bedeutend eingeschränkt. Mit dieser zahlenmäßigen Beschränkung der Vorrechte hat die Gesetzgebung auch der Auslegung den Weg gewiesen. Es kann nicht statthaft sein, durch extensive Auslegung oder gar durch analoge Rechtsfindung den gesetzgeberischen Zweck zu durchkreuzen. Bei jeder Auslegung ist zu beachten, daß die Vorrechte Ausnahmen von dem allgemeinen Grundsatz der Gleichberechtigung aller Konkursgläubiger darstellen und daß deshalb eine ausdehnende Auslegung nicht angebracht ist[6]). Diese enge Auslegung darf aber andererseits auch nicht auf Kosten der Systematik und Folgerichtigkeit in der Auslegung gehen. Es wird noch zu zeigen sein, daß gerade bei der Auslegung des § 61 Ziffer 1 KO. sowohl Wissenschaft als Rechtsprechung unter Berufung auf das Erfordernis der strengen Auslegung Wege gegangen sind und Entscheidungen getroffen haben, die weder dem Gesetzeszweck noch den Wirtschaftsverhältnissen der vergangenen und heutigen Zeit gerecht geworden sind. „Ziel aller Auslegung muß die Klarstellung des maßgebenden Sinnes eines Rechtssatzes sein“[7]). Ausschlaggebend kann hierbei nie der Gesetzeswortlaut sein. Auch den Gesetzesmaterialien darf kein allzu großer Wert beigelegt werden. Ganz abgesehen von der allgemeinen Vorsicht, mit der bei jeder Gesetzesauslegung die Materialien benutzt werden müssen[8]), darf bei der Auslegung der Konkursvorschriften nie außer acht gelassen werden, daß seit der Abfassung der Materialien über 50 Jahre vergangen sind und sich die Verhältnisse seither erheblich geändert haben. Sie können zwar

---

[4]) Motive Seite 1472, 1473.
[5]) Ueber die Prioritätenordnung des gemeinen Rechts: Günther a. a. O. S. 67 ff; über die Prioritätenordnung des preußischen Rechts: Koch a. a. O. § 49 ff; über die Vorzugsrechte im Großherzogtum Baden: Stempf a. a. O. II. Teil S. 36 ff.
[6]) Vgl. Jäger a. a. O. § 61 Anm. 2; RGZ. 62, 231; LZ. 1913 Nr. 5 S. 366.
[7]) Enneccerus a. a. O. S. 105.
[8]) Enneccerus a. a. O. S. 108.

auch heute noch Anhaltspunkte für den das Gesetz beherrschenden Gedanken geben. Als Auslegungsmittel müssen sie aber immer dann ausscheiden, wenn überwiegende Gründe der Konsequenz, Billigkeit und Zweckmäßigkeit gegen die aus den Materialien zu folgernde Entscheidung stehen. Das scheint bisher mitunter übersehen worden zu sein.

II. System der Lidlohnbevorrechtigung.

Dem Konkursvorrecht des § 61 Ziffer 1 KO., das ein allgemeines Vorrecht in dem Sinne ist, daß es die ganze Teilungsmasse unterschiedslos ergreift, gehen 3 Hauptgruppen von besonderen, d. h. auf einen bestimmten Teil der Masse beschränkten Konkursvorrechte im Range vor. Es sind dies:

1. Das Vorrecht der Schuldverschreibungsgläubiger im Konkurse der Hypothekenbank (§ 35 Hypothekenbankgesetz)[9]. Das Vorrecht ergreift nur die in das Hypothekenregister eingetragenen Hypotheken und Wertpapiere und diejenigen Gelder, die zur Deckung der Pfandbriefe dem Treuhänder in Verwahrung gegeben sind.
2. Das Vorrecht der Versicherten im Konkurse einer Lebensversicherungsbank (§§ 7, 12, 79 des Gesetzes über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmen und Bausparkassen i. d. F. vom 6. Juni 1931).
   Bevorrechtigt sind nur die Forderungen auf die rechnungsmäßige Deckungsrücklage, soweit für sie die Zuführung vorgeschrieben ist. Bevorzugte Befriedigung kann nur aus dem Prämienreservefonds (§ 66) verlangt werden. Weitergehende Forderungen, beispielsweise wegen eines vor Eröffnung des Konkursverfahrens eingetretenen Versicherungsfalles, sind, soweit sie den rechnungsmäßigen Anteil am Fonds übersteigen, gewöhnliche Konkursforderungen.
3. Das Vorrecht der Einkaufskommittenten im Konkurse des Kommissionärs (§ 7a Hypothekenges.), und zwar dann, wenn der Kommittent die in Auftrag gegebenen Papiere bereits bezahlt, aber noch nicht übereignet erhalten hat. In diesem Falle hat der Kommittent ein Recht auf Vorausbefriedigung aus gleichartigen Wertpapieren der Konkursmasse und aus den Ansprüchen der Masse auf Lieferung derartiger Papiere.

Im übrigen geht das Vorrecht des § 61 Ziffer 1 allen anderen in der Konkursordnung geregelten Vorrechten vor. Mit ihm ist rangmäßig gleichgestellt das Vorrecht der Sozialversicherungsträger (Krankenkassen, Berufsgenossenschaften, Versicherungsanstalten) im

[9]) Vgl. Bruno Stern: Die Schuldverschreibungsgläubiger im Konkurse der Hypothekenbank, Diss. 1904.

Konkurse des Beitragsschuldners[10]). Dieses Vorrecht bezieht sich auf die für das letzte Jahr vor der Eröffnung des Konkursverfahrens oder dem Ableben des Gemeinschuldners rückständigen Beiträge[11]) und ist ein allgemeines, sich auf die gesamte Teilungsmasse erstreckendes Vorrecht[12]). Das Lidlohnvorrecht[13]) ist das einzige Vorrecht, welches sowohl nach gemeinem Rechte als auch nach der vor 1877 in Geltung gewesenen preußischen Konkursordnung (§ 77) und nach den übrigen Partikularrechten, insbesondere den durch den code civil beherrschten Rechtsgebieten anerkannt war. Auch im englischen, amerikanischen und österreichischen Recht ist dem Lidlohn das Vorrecht zugebilligt[14]).

Es wurde bereits ausgeführt, daß der Gesetzgeber dem Interessenstandpunkt, der unter Berufung auf die durch die Vorrechte geschaffene Unübersichtlichkeit der Vermögenslage des späteren Gemeinschuldners zu der Forderung auf restlose Abschaffung aller Vorrechte gelangt, dadurch Rechnung getragen hat, daß er die Zahl der Vorrechte weitgehendst eingeschränkt hat.

Der Grundsatz der par conditio creditorum hätte aber auch dann noch eine allzu starke, durch die Verhältnisse keineswegs gerechtfertigte Durchbrechung erfahren, wenn alle diejenigen, die dem Gemeinschuldner eine Arbeitsleistung vollbracht haben, für ihren Anspruch auf die Gegenleistung eine Privilegierung im Konkurse mit Erfolg begehren könnten. Nicht jeder, der für den Gemeinschuldner Arbeit verrichtet hat, läuft Gefahr, im Falle eines teilweisen oder ganzen Ausfalls seines Vergütungsanspruches die wirtschaftliche Existenzgrundlage zum Teil oder ganz entzogen zu bekommen. Der Gesetzgeber sieht vielmehr lediglich diejenigen als schutzbedürftig an, die sich „zur Leistung von Diensten verdungen haben" und diese auch nur dann, wenn die Leistung für des Gemeinschuldners „Haushalt, Wirtschaftsbetrieb oder Erwerbsgeschäft" erfolgt ist. Neben das Erfordernis, daß das Arbeitsverhältnis ein Verdingungsverhältnis sein muß, tritt demnach noch das weitere Erfor-

---

[10]) Vgl. § 28 Abs. 3 RVO; § 212 Abs. 3 Angestelltenvers.Ges.; § 143 Abs. 3 Reichsknappschafts-Ges.; § 145 Abs. 3 Ges. über Arbeitsvermittelung und Arbeitslosenversicherung.

[11]) Zustimmend RGZ 102, 70 ff mit weiteren Literatur- und Entscheidungsangaben.

[12]) Näheres bei Jäger a. a. O. Anm. 18 zu § 61.

[13]) Wegen der Entstehungsgeschichte der Lidlohnbevorrechtigung im gemeinen Recht, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann, wird verwiesen auf Dabelow a. a. O. S. 602 ff; Schweppe a. a. O. S. 127; Koch a. a. O. S. 566 ff; über die Schreibweise des Wortes Lidlohn: Grimm, Deutsches Wörterbuch.

[14]) Eine eingehende Darstellung des im Jahre 1877 geltenden Konkursrechtes, insbes. der Konkursprivilegien in den außerdeutschen Staaten findet sich in den Anlagen zu den Motiven S. 1578 ff. Ueber den Stand der heutigen ausländischen Rechte: Jäger a. a. O. § 61 Anm. 41.

dernis der Nützlichkeit der bewirkten Arbeitsleistung für den Lebenskreis des Gemeinschuldners.

Daß im Weiteren das Konkursrecht sich nur auf diejenigen Forderungen erstreckt, die im letzten Jahre vor der Eröffnung des Konkursverfahrens oder dem Ableben des Gemeinschuldners entstanden sind, hat seinen Grund in folgender Tatsache: Es kann angenommen werden, daß in der Regel diejenigen Dienstverpflichteten, die bereits seit länger als einem Jahr ohne die Realisierung ihrer Lohnansprüche leben konnten, sich auch in Zukunft mit einer bruchteiligen Befriedigung der bereits seit länger als einem Jahr entstandenen Forderungen abfinden lassen können, ohne daß sie dadurch Gefahr laufen, daß ihr Auskommen wesentlich in Frage gestellt wird. Auch in der so richtig motivierten Begrenzung des Vorrechts auf die im letzten Jahre vor der Verfahrenseröffnung oder dem Ableben des Gemeinschuldners entstandenen Forderungen zeigt sich erneut die Absicht des Gesetzgebers, unter weitmöglichster Zurückdrängung der Konkursvorrechte das Vorrecht nur denen zu gewähren, die als besonders schutzbedürftig zu gelten haben.

Nachdem so die Grundtendenzen des Gesetzes dargelegt sind, soll nun in den folgenden Ausführungen untersucht werden:

1. Von welchen Voraussetzungen das Gesetz den Verdingungscharakter eines Arbeitsverhältnisses abhängig macht.
2. Welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit eine Dienstleistung als für den Haushalt, das Erwerbsgeschäft oder den Wirtschaftsbetrieb vollbracht angesehen werden kann,
3. Was das Gesetz unter den für das letzte Jahr rückständigen Dienstbezügen versteht[15]).

B. DIE VERDINGUNG.

I. Verdingung und wirtschaftliche Abhängigkeit.

Da nicht jeder Vergütungsanspruch für geleistete Arbeit bevorrechtigt ist, gilt es, eine Grenze zu ziehen zu solchen Arbeitsverhältnissen, bei denen der Arbeitsverpflichtete kein Vorrecht im Konkurs des Arbeitgebers hat. Bei dem § 61 Ziffer 1 handelt es sich um eine sozialpolitische Vorschrift, besser gesagt um eine Vorschrift arbeitsrechtlichen Charakters. Das Unterscheidungskriterium kann deshalb nur die Schutzbedürftigkeit des Arbeitenden sein[16]). Die Frage wird deshalb im Wesentlichen darauf hinauslaufen, unter welchen Voraus-

[15]) In den folgenden Ausführungen wird davon abgesehen, das Konkursvorrecht im allgemeinen und seine Eigentümlichkeiten und Wirkungen, die allen Vorrechten gemeinsam sind, darzustellen. Es wird hierwegen auf Jäger a. a. O. § 61 Anm. 7 ff. verwiesen.

[16]) So die herrschende Lehre. Vgl. Jäger a. a. O. § 61 Anm. 13.

setzungen und in welchem Umfange ein Arbeitender als schutzbedürftig im Sinne der auszulegenden Vorschrift angesehen werden kann. Diese Voraussetzungen kann man einmal dann als vorliegend erachten, wenn man im Anschluß an die Forschungen, die den Arbeitnehmerbegriff zum Gegenstand hatten, von dem Lidlohnberechtigten in erster Linie verlangt, daß er zum Gemeinschuldner in einem persönlichen, innerhalb des Betriebs organisatorischen Abhängigkeitsverhältnis gestanden hat.

Man kann auch einen zweiten Weg gehen, bei dem auf diese Art von Abhängigkeit bei der Frage, ob eine Lidlohnbevorrechtigung vorhanden ist, keinen Wert gelegt und bei dem die Bevorrechtigung nur davon abhängig gemacht wird, ob der Arbeitende durch die Dienstleistung sich in ein wirtschaftliches Abhängigkeitsverhältnis zum Gemeinschuldner begeben hat.

Eine dritte Möglichkeit besteht darin, daß man eine Lidlohnbevorrechtigung annimmt, wenn der Arbeitende sich entweder in einem persönlichen oder in einem wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis befunden hat.

Die Beantwortung der Fragen wird von der Beantwortung der weiteren Frage abhängen, wodurch gerade die im § 61 Ziffer 1 vorausgesetzte Schutzbedürftigkeit entstanden ist.

Dabei zeigt sich, daß nicht jede Arbeitsrechtsnorm eine aus dem gleichen Grunde entstandene Schutzbedürftigkeit voraussetzt. Die Tarifvertragsverordnung[17]) ist deshalb entstanden, weil diejenigen Personen, die ohne eigenes Kapital und deshalb um jeden Preis einen Arbeitsvertrag abzuschließen gezwungen sind, gegenüber den Bestrebungen geschützt werden müssen, die auf Drückung des Lohnes aus privatwirtschaftlichen Gründen zielen. Daß der Arbeitnehmer, insbesondere der moderne Fabrikarbeiter, heute in einem von ihm zunächst nicht kontrollierbaren Betrieb arbeiten muß, hat die Gesetzgebung veranlaßt, den Betriebshalter dazu anzuhalten, seine Betriebsräume und Gerätschaften derart einzurichten und zu unterhalten, daß, soweit es die Umstände gestatten, der Arbeitnehmer gegen Gefahr für Leib und Leben geschützt ist[18]). Diese Art von Schutzvorschriften betreffen also jene Gruppe von Arbeitnehmern, die räumlich in einem Betriebe Arbeit leisten.

Die höchst zulässige wöchentliche oder tägliche Arbeitszeit wurde so festgesetzt, daß eine Schädigung des Arbeitnehmers in körperlicher Hinsicht ausgeschlossen ist[19]). Auch die Arbeitszeitvorschriften

[17]) Obwohl diese Verordnung inzwischen durch § 65 Ziffer 6 und 7 des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit außer Kraft getreten ist, kann sie doch bei obiger Untersuchung herangezogen werden.

[18]) Vgl. z. B. § 618 BGB., § 62 HGB., §§ 105 ff. Gew O.

[19]) Vgl. §§ 3 ff. der Arbeitszeit-Ordnung in der Fassung vom 26. Juli 1934; §§ 3 ff. der Verordnung über die Arbeitszeit in Bäckereien und Konditoreien in der Fassung des Ges. vom 26. März 1934.

schützen nur den einem Betriebe in räumlichem Sinne angehörenden Arbeitnehmer. Der außerhalb des Betriebes Beschäftigte kann schon deshalb durch diese Vorschriften regelmäßig nicht geschützt werden, weil es an der erforderlichen betriebsmäßigen Beziehung zum Betriebshalter fehlt.

Aus der Tatsache, daß eine gewisse Art von Personen ihre ganze Arbeitskraft anderen zur Verfügung stellt, erwächst, daß jene Personen auf den Verdienst, mindestens bis zu einem Bruchteil, angewiesen sind, wenn sie nicht ihre wirtschaftliche Existenz gefährdet wissen wollen. Daraus sind die Gesetze und Verordnungen entstanden, die die Lohnsicherung zum Gegenstand haben. Hierher gehört das Verbot des Truck-Systems für gewerbliche Arbeiter (§ 115 ff. Gew.O.), ferner der Schutz des Lohnes gegen Pfändung, Zurückbehaltung und Aufrechnung. Bei der Zwangsversteigerung eines Grundstücks genießt der Lohn der land- und forstwirtschaftlichen Arbeitnehmer das Vorrecht vor anderen Zwangsversteigerungsgläubigern.

Da in der Regel der Arbeitnehmer bei seiner Vermögenslosigkeit darauf angewiesen ist, möglichst ständig in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, kann ihm in der Regel nur unter Einhaltung einer gewissen Kündigungsfrist gekündigt werden, um ihm innerhalb dieser Frist Gelegenheit zum Aufsuchen einer neuen Arbeitsstelle zu geben. Hierher gehört auch die Vorschrift des § 629 BGB.

Diese Beispiele, die sich beliebig vermehren ließen, lassen erkennen, daß nicht jeder Arbeitsverpflichtete unter jedes der vorerwähnten Gesetze zu fallen braucht. In manchen Gesetzen ist deshalb auch ausdrücklich bestimmt, daß die Normen nur für eine enge Gruppe innerhalb des weiten Kreises der Arbeitnehmer gelten sollen[20]). In anderen Gesetzen und Verordnungen hat der Gesetzgeber die Findung des für diese Normen in Betracht kommenden Personenkreises der Wissenschaft und der Praxis überlassen. Bei dieser Auslegung und Abgrenzung des jeweils in Frage kommenden Begriffs des zur Arbeitsleistung Verpflichteten, den der Gesetzgeber einmal Arbeitnehmer, einmal Arbeiter und Angestellter und ein andermal Dienstverpflichteter nennt, wird jedesmal streng gefragt werden müssen, welches konkrete Gut und Interesse durch das vorliegende Gesetz gerade geschützt und wahrgenommen werden soll. Hat man durch diese Ueberlegung dann das geschützte Rechtsgut gefunden, so wird in zweiter und letzter Linie gefragt werden müssen, bei welchen Personengruppen dieses Gut ohne die arbeitsrechtliche Schutzbestimmung als gefährdet angesehen werden muß.

Bei dieser Methode wird man allerdings dem übrigens stark umstrittenen Arbeitnehmerbegriff, den man gewöhnlich allzu schnell

[20]) Vgl. z. B. § 5 Arbeitsgerichtsgesetz; §§ 10 ff. des früheren Betriebsrätegesetzes, und § 12 der früheren Arbeitszeitverordnung.

in jede arbeitsrechtliche Norm hineindenken möchte, nur einen relativen Wert beimessen können. Es wird im Folgenden noch zu zeigen sein, daß man gerade in der Auslegung des Verdingungsbegriffs deshalb falsche Wege gegangen ist, weil man geglaubt hat, Bestandteile des Arbeitnehmerbegriffs, die in anderen Materien des Arbeitsrechts am Platze sein mögen, als Wesensmerkmale in den Verdingungsbegriff hineinnehmen zu können.

Wurde oben gezeigt, daß es dem Gesetzgeber bei dem § 61 Ziffer 1 letztlich darum zu tun ist, die menschliche Arbeitskraft zu schützen, so kann dieses Ziel vorliegendenfalls nur dadurch erreicht werden, daß der Gesetzgeber die Forderung, die aus der Hergabe von Arbeitskraft entstanden ist, gegenüber anderen Forderungen rangmäßig auszeichnet. Zu dem abstrakten Rechtsgut gesellt sich so das konkrete Rechtsgut, das um des weiteren Zweckes willen geschützt werden soll. Wann ist nun in abstracto die Arbeitskraft gefährdet? Welche Personen gelten darnach als schutzwürdig?

Zur Beantwortung dieser Fragen, die die Grundfragen zur Findung des bevorrechtigten Personenkreises über die Auslegung des Verdingungsbegriffes sind, ist erforderlich, das Wesen der Hingabe von Arbeitskraft und die verschiedenen Möglichkeiten der Hingabe zu zeigen. Dabei soll zunächst von der Subsumierung der einzelnen Tatbestände unter gesetzliche Vertragsformen abgesehen werden. Auch von einer Begriffsbestimmung der Arbeit in natürlichem und juristischem Sinne, kann Umgang genommen werden[21]). Es soll lediglich von dem Vorgang der Arbeitsverrichtung gegen Entgelt gesprochen werden und von dem Arbeitsvertrag[22]) in weitestem Sinne. Die Arbeitskraft wird hingegeben, um andere wirtschaftliche Güter dafür zu erlangen. Die Arbeitskraft ist daher beim Arbeitsvertrag wirtschaftlich gesehen ein Austauschobjekt. Vom Standpunkt des Arbeiters aus ist sie, wenn er keine anderen austauschbaren Güter hat, die einzig austauschbare Leistung überhaupt. Bei den heutigen Wirtschaftsverhältnissen ist das in der Regel der Fall. Dem steht nicht entgegen, wenn der Arbeiter im Besitze von Hausgerätschaften, Möbeln, sogar eines Wohnanwesens ist, da diese Gegenstände nicht in dem Sinne produktiv sind, daß sie als Erwerbsquelle in Betracht kommen[23]). Diese bei den Arbeitern vorhandene wirt-

[21]) Vgl. hierüber L. Richter: Arbeitsrecht als Rechtsbegriff S. 5. ff.; Silberschmidt: RABl. 1921. Nichtamtl. Teil S. 704 ff.; Melsbach a. a. O. S. 57 ff.; Schott: Der Mensch und die Arbeit; Breslauer Rektoratsrede 1916 S. 23; Molitor a. a. O. S. 5 ff.

[22]) Unter Arbeitsvertrag soll hier nicht ein unabhängiger Dienstvertrag im Sinne Staudingers (a. a. O. Vorbemerkung zu § 611 V, 3), sondern der Lotmar'sche Begriff (a. a. O. Bd. 1 S. 32) verstanden werden, wonach ein Arbeitsvertrag immer dann vorliegt, wenn Arbeit aufgrund vertraglicher Verpflichtung gegen Entgelt geleistet wird.

[23]) Ueber den Fall, daß der Arbeiter neben seiner Arbeitskraft noch andere produktive Güter besitzt, vgl. unten S. 54.

schaftliche Lage zwingt ihn, um die nötigen Mittel zum Lebensunterhalt zu erlangen, seine Arbeitskraft möglichst jederzeit auszunützen. Die Verwendung seiner Arbeitskraft kann nun nach zwei Arten erfolgen: Entweder er stellt seine gesamte Arbeitskraft nur einer Person oder einer Vielzahl von Personen zur Verfügung. In dem letzteren Falle ist es wieder möglich, daß er bei der einen Person mehr (zeit- oder mengenmäßig) als bei einer anderen arbeitet. Da nun Arbeit nicht um der Arbeit willen, sondern um der der Arbeitsleistung entspringenden Gegenleistung (wirtschaftlich gesehen) willen verrichtet wird, wird die finanzielle und wirstchaftliche Existenz des Arbeiters umsomehr von der Zahlungsfähigkeit des einen Dienstberechtigten abhängen, je mehr und je länger er sich der Möglichkeit begeben hat, seine Arbeitskraft bei anderen Personen auszunützen. Zudem ist es dem auf Dauer beschäftigten Arbeiter in der Regel nicht möglich, bei einmaligem Ausbleiben der Lohnzahlung den Dienst zu verlassen und an einer anderen Stelle Arbeit aufzunehmen. Ferner erschwert die Natur des Dauerverhältnisses es ihm, während seiner Dauer im Wege der Klage und der Zwangsvollstreckung den rückständigen Lohn einzutreiben.

Diese wirtschaftliche Abhängigkeit wird zur Existenzfrage, wenn der Arbeiter seine Arbeitskraft so voll hingegeben hat, daß der volle oder teilweise Ausfall der Gegenleistung seine Existenz in wirtschaftlicher Hinsicht in Frage stellen würde. Wenn er sich, um ein Beispiel zu gebrauchen, dem Gemeinschuldner so sehr engagiert hatte, daß er bei dessen Insolvenz durch den Ausfall seiner rückständigen Lohnforderung auf ein zu seinem Auskommen lebenswichtiges Einkommen verzichten müßte, hat er seine wirtschaftliche Selbständigkeit aufgegeben, mit anderen Worten, er hat sich verdingt. Keine andere Bedeutung kann dem Begriffe des Sichverdingens beigelegt werwerden.

Eine Verdingung liegt demnach nicht vor, wenn die Arbeitstätigkeit sich nur auf einen derart kurzen Zeitraum erstreckt hat, daß der dem Arbeiter hierfür zustehende Vergütungsanspruch zur Fristung seines Lebensunterhaltes nicht ins Gewicht fällt. Die Folge eines derart kurzen Tätigwerdens wird immer sein, daß es dem Arbeiter freisteht, den Rest seiner Arbeitskraft anderweitig zur Aufrechterhaltung seiner wirtschaftlichen Existenz zu verwenden. Von einer wirtschaftlichen Abhängigkeit wird man namentlich in zwei Fällen nicht sprechen können: Nämlich dann, wenn die Arbeit innerhalb eines kurzen Zeitabschnittes, beispielsweise innerhalb eines Tages begonnen und abgeschlossen werden kann. Und dann, wenn eine Arbeitsleistung zwar über einen längeren Zeitraum hinweg (regelmäßig oder unregelmäßig) erfolgt, die Arbeitsleistung aber immer nur während eines geringen Teiles der einzelnen, für Arbeitsleistung überhaupt möglichen Zeitraumeinheiten vollbracht wird. In beiden Fällen hat der Arbeiter immer noch die Möglichkeit,

während der durch die erwähnte Arbeitsleistung nicht in Anspruch genommenen Arbeitszeit seine Arbeitskraft anderweitig als Erwerbsquelle zu benutzen. Er wird so in beiden Fällen während eines längeren Zeitraums infolge seiner Tätigkeiten bei verschiedenen Personen auch Vergütungsansprüche gegen eine Mehrzahl von Personen erworben haben. Der Konkurs eines Dienstberechtigten wird deshalb diese Gruppe von Arbeitnehmern nicht so hart treffen, da ihre Lebenshaltung durch die anderen Vergütungsansprüche nach wie vor gesichert sein kann. Aus diesem Grunde kann Personen, die nur zur Aushilfe für wenige Stunden oder Tage zur Dienstverrichtung beigezogen worden sind, das Vorrecht im Konkurse nicht gewährt werden. Auch die Näherin, die ein- oder zweimal im Monat in den Haushalt zu kommen pflegt, um die jeweils notwendig gewordene Garderobe anzufertigen, wird sich mit einer einfachen Konkursforderung begnügen müssen. Ebenso der Lohnkutscher, der Holzhacker und der Musiklehrer, der einmal in der Woche bei dem Gemeinschuldner eine Musikstunde erteilt hat. Nicht dagegen der in einer Holzhandlung fortlaufend beschäftigte Holzhacker, der auf die Dauer gedungene Hauschauffeur, der Hausmusiklehrer und die in einer Wäschefabrik dauernd angenommene Näherin. Diese zuletzt genannten Personen haben das Konkursvorrecht.

Dem wird nun allerdings entgegengehalten werden, daß durch die Novelle von 1898 das Wort „dauernd" gestrichen worden ist. Man könne daraus schließen, daß die Konkursordnung eben eine Verdingung auch dann annehme, wenn keine Dauerleistung über eine längere Zeitspanne hinweg erfolgt sei[24]). Die Verwendung des Begriffs der wirtschaftlichen Abhängigkeit in dem erörterten Sinne sei deshalb abwegig.

Es ist nun richtig, daß die von mir dargetane Auslegung des Verdingungsbegriffs sich nicht halten läßt, wenn man der Novelle von 1898 die soeben angeführte Bedeutung gibt. Man müßte dann, um den Kreis der schutzwürdigen Personen des § 61 Ziffer 1 zu finden, nach anderen Unterscheidungsmerkmalen suchen, die die Gegenseite in der persönlichen organisatorischen Abhängigkeit, die sie auch soziale Abhängigkeit nennt, glaubt gefunden zu haben[25]).

---

[24]) So die herrschende Meinung.

[25]) RGZ. vom 28. 1. 1908 in Seuff. Arch. Bd. 63 Nr. 258; RG. in JW. 1926 S. 2103; RG. vom 13. 3. 1928 in JW. 1928, 1560 mit zust. Anm. v. Kleinfeller; RG. vom 15. 6. 1928 in JW. 1928, 2714 mit zust. Anm. v. Jäger; RG. vom 17. 12. 1929 in JW. 1930, S. 1403; RAG. vom 2. 12. 1931 in Amtl. Samml. Bd. 10 S. 6; Konk. Treuh. Wesen 32, 41; HRR. 32 Nr. 1062; LG. Frankfurt in LZ. 1912, 718; OLG. Kiel in JW. 1930, 3783; Staudinger a. a. O. Vorbem. zu § 611 V, 3; Düringer im Recht 1902, 602 ff. verlangt für das Vorhandensein eines Konkursvorrechtes entweder wirtschaftliche Abhängigkeit ähnlich wie im Text oder persönliche Abhängigkeit und Botmäßigkeit.

Dieser letztgenannte Begriff wird aber der in § 61 vorausgesetzten und zu Anfang dieser Untersuchung gezeigten wirtschaftlichen Situation derjenigen, die ihre Arbeitskraft gegen andere wirtschaftliche Güter austauschen, nicht gerecht. Die persönliche Abhängigkeit, die auf Arbeitgeberseite als Correlat die Direktionsbefugnis kennt, ist bei der Auslegung des Verdingungsbegriffs nicht verwendbar. Sie mag ein hervorragendes Wesensmerkmal bei dem Personenkreis darstellen, den andere arbeitsrechtliche Gesetze und Verordnungen voraussetzen. Die persönliche Abhängigkeit wird nämlich immer da geprüft werden müssen, wo es sich um die Abgrenzung der Arbeiter- und Angestelltenschaft von den leitenden Angestellten (wie im früheren Betriebsrätegesetz), oder um die Abgrenzung von Betriebsführer und Gefolgschaft wie im Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit handelt. Sie kann aber nie da Verwendung finden, wo es sich um den Schutz von Personen handelt, die durch die Art der Hingabe von Arbeitskraft und der damit verbundenen wirtschaftlichen Abhängigkeit schutzbedürftig geworden sind. Hier kann ein Unterschied nicht gemacht werden zwischen leitenden Angestellten[26]) und den übrigen Angestellten und Arbeitern des Betriebs. Beiden ist gemeinsam, und das allein ist das Entscheidende, daß sie Arbeitskraft gegen andere wirtschaftliche Güter austauschen wollen, und daß sie bei der vom Gesetz vorausgesetzten und im allgemeinen auch vorhandenen sonstigen Mittellosigkeit an anderen produktiven Gütern mehr als ein anderer Konkursgläubiger auf die Befriedigung ihrer Vergütungsansprüche angewiesen sind.

Diese Auslegung des Verdingungsbegriffs stimmt also zwar insoweit mit der herrschenden Lehre[27]) überein, als das Vorrecht ebenfalls den wirtschaftlich Schwachen gewährt wird. Sie stellt sich aber dadurch in Gegensatz zur herrschenden Lehre, daß sie die wirtschaftliche Schwäche nicht schlechthin bei jenen Personen, die sich in abhängiger dienender Stellung[28]) befinden, bejaht, sie vielmehr allein von dem Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses abhängig macht, das tatsächlich oder rechtlich entweder eine sonstige Beschäftigung während seiner Dauer schlechthin ausschließt, oder eine Nebenbeschäftigung zwar zuläßt, aber doch bewirkt, daß diese Nebenbeschäftigung allein die Grundlage zur wirtschaftlichen Existenz nicht zu schaffen vermag.

Die Auffassung der Vorschrift des § 61 Ziffer 1 als einer arbeitsrechtlichen Norm berechtigt also noch nicht, den Personenkreis aus anderen arbeitsrechtlichen Normen zu suchen und zu finden. Stimmt man darin überein, daß das Gesetz wirtschaftlich Schwache schützen will, aber doch nicht alle, die sich unter den weiten Sammelbegriff

[26]) Ueber den Begriff des leitenden Angestellten richtig: Höfchen in „Arbeitsrecht", 1921 S. 277.
[27]) Mentzel a. a. O. § 61 Anm. 3; RGZ. 62, 231.
[28]) So RG. vom 13. März 1928 in JW. 1928, 1560 ff.

„Arbeitnehmer" zählen können, so muß zur richtigen Abgrenzung gefragt werden, warum das Gesetz schützen will. So wird man auf die hier gezeigte, allein maßgebende wirtschaftliche Abhängigkeit kommen, nicht aber auf die persönliche Abhängigkeit, da der Arbeitnehmer in dieser Eigenschaft durch den Konkurs des Arbeitgebers in seiner Existenz nie gefährdet werden kann.

Es darf angenommen werden, daß sich die herrschende Lehre im Wesentlichen nur deshalb so sehr auf das Erfordernis der persönlichen Abhängigkeit versteift und vom Verdingungsverhältnis den Charakter eines im Sinne Staudingers[29]) abhängigen Arbeitsvertrags verlangt hat, weil sie gerne verhindert sehen möchte, daß auch den meistens sehr hohen Gehaltsforderungen der gesetzlichen Vertreter juristischer Personen das Konkursprivileg gewährt wird. Es wird noch zu zeigen sein, daß man die privilegierte Berücksichtigung von allzu hohen Gehaltsforderungen auch dann vermeiden kann, wenn man unter dem Begriff des Sichverdingens wirtschaftliche Abhängigkeit und nicht die durch die Direktionsbefugnis des Unternehmers geschaffene persönliche Abhängigkeit versteht. Zur Charakterisierung des anderen Standpunktes mag nur noch auf folgendes hingewiesen werden: Um die anerkanntermaßen wirtschaftlich schlecht gestellten Heimarbeiter und kleinen Hausgewerbetreibenden mit in den in § 61 Ziffer 1 in Betracht kommenden Personenkreis mit einbeziehen zu können, hat sich auch die herrschende Lehre veranlaßt gesehen, Konzessionen zu machen. Die Heimarbeiter und kleinen Hausgewerbetreibenden stehen nämlich, da sie, zwar im Auftrag und für Rechnung von Gewerbetreibenden oder Zwischenmeistern, aber in eigener Wohnung und eigener Betriebsstätte arbeiten, in der Regel nicht in einem persönlich abhängigen Arbeitsverhältnis. Sie befinden sich deshalb auch nicht in dienender Stellung. Das Konkursprivileg wäre deshalb nach dem hier zu widerlegenden Standpunkt folgerichtig zu versagen. In der richtigen Erkenntnis aber, daß die Heimarbeiter und kleinen Hausgewerbetreibenden in Bezug auf ihre wirtschaftliche Lage, insbesondere auf ihre Beziehung zu ihrer Arbeitskraft als Erwerbquelle, nicht besser gestellt sind als der gewöhnliche Fabrikarbeiter, haben ihnen auch jene Gerichte, die sonst nur persönliche Abhängigkeit der Verdingung gleichsetzen wollen, das Konkursprivileg des § 61 Ziffer 1 zugebilligt[30]).

Das bedeutet aber nichts anderes als die Aufgabe jenes Standpunktes, der vom Konkursprivilegierten verlangt, daß er sich in dienender Stellung und in einem „Verhältnis der Unterordnung"

---

[29]) a. a. O. Vorbemerkung zu § 611, V, 3.

[30]) RAG. vom 17. 9. 1930 Bd. 6, 225, vom 9. 5. 1931 Bensh. Samml. 12 Nr. 7 (RAG.) S. 271; LAG. Chemnitz vom 22. 8. 1928; vgl. auch Jäger a. a. O. § 61 Anm. 14; Mentzel § 61 Anm. 3.

befunden hat[31]). Eines der ersten Ziele jeder Auslegung muß Folgerichtigkeit im Auslegungsergebnis sein. Von Folgerichtigkeit kann aber dann nicht mehr gesprochen werden, wenn, wie geschehen, auf manche Personengruppen die Gesetzesnorm aus w e s e n t l i c h anderen Gründen angewandt wird als auf andere Gruppen[32]).

Kann so die Fragestellung nur lauten, ob der das Konkursprivileg Begehrende sich in einer wirtschaftlichen abhängigen Stellung in dem angedeuteten und später noch näher auszuführenden Sinne befunden hat, so kann sich an ihr auch durch die Weglassung des Wortes „dauernd" durch die Novelle von 1898 nichts ändern. Der Kreis der bevorrechtigten Personen ist dadurch nicht erweitert worden[33]). Man muß die Entstehungsgeschichte der Novelle beachten. Der § 61 Ziffer 1 (früherer § 54) wurde zum Zwecke der Gleichschaltung mit dem § 10 Absatz 1 Nr. 2 des Zwangsversteigerungsgesetzes vom 24. März 1897 geändert. Dort wird das Zwangsversteigerungsvorrecht denjenigen Arbeitnehmern gewährt, die sich als land- und forstwirtschaftliche Arbeiter im Dienste des Grundstückseigentümers befunden haben. Daraus, daß sich in der Vorschrift des § 10 Absatz 1 Nr. 2 Zw.Verst.Ges. nicht der Ausdruck „dauernder Dienst" befindet, kann aber noch nicht darauf geschlossen werden, daß diejenigen, die mit Erfolg das Versteigerungsvorrecht begehren, sich nur kurz und vorübergehend in dem Dienst des Grundstückseigentümers befunden zu haben brauchen. Die Begründung zu § 10 Zw.Verst.Ges.[34]) läßt auf das Gegenteil schließen. Hier wird ausgeführt, daß das allgemeine Interesse verlangt, daß nicht sogleich, wenn der Gutsbesitzer mit den Zahlungen säumig wird, die hiervon betroffenen Personen den Hof verlassen. Setzen sie ihre Tätigkeit fort, so tragen sie zur Erhaltung des wirtschaftlichen Standes der Besitzung bei. Es ist ersichtlich, daß diese Begründung des § 10 nur das Interesse an der Privilegierung dort als vorliegend erachtet, wo es sich um Arbeitnehmer, die bereits während der Zahlungsstockungen auf dem land- oder forstwirtschaftlichen Anwesen anwesend waren und deren fernere Anwesenheit im Interesse des wirtschaftlichen Besitzstandes liegt. Da kann es sich aber doch nur um Arbeitnehmer handeln, die dauernd oder doch mindestens für längere Zeit mit dem Gutsbesitzer ein Arbeitsverhältnis eingegangen haben. Es ist deshalb nur konsequent, wenn Aushilfspersonen nicht als bevorrechtigt im Sinne des § 10 Absatz 1 Nr. 2 Zw.Verst.Ges.

---

[31]) RG. vom 17. 12. 1929 in JW. 1930, 1403 ff.

[32]) Der Begriff der sozialen Abhängigkeit, der manchmal auch als Abgrenzungsmerkmal herangezogen wurde (OLG. Kiel vom 11. 4. 1930 in JW. 1930, 77, 83) ist zu weit, um als Rechtsbegriff bei der Auslegung des § 61 Ziffer 1 verwendet werden zu können. Gegen diesen Begriff auch Jäger a. a. O. § 61 Anm. 13.

[33]) Zustimmend RG. vom 13. März 1928 in JW. 1928, 1560.

[34]) Motive Seite 368.

angesehen werden[35]). Darüber hinaus muß aber auch das Versteigerungsvorrecht denjenigen versagt werden, die sich zwar nicht als Aushilfspersonen in die Dienste des Grundstückseigentümers begeben haben, die aber doch nur Dienste von kurzer Dauer verrichtet haben.

Man kann sich deshalb zur Widerlegung der hier verteidigten Rechtsansicht nicht darauf berufen, daß der Gesetzgeber von 1898 entsprechend dem Versteigerungsvorrecht das Konkursvorrecht auch denjenigen zugebilligt wissen wollte, die sich dem Gemeinschuldner nicht zu dauerndem Dienste „verdungen" haben. Diese Auslegung wäre ein Widerspruch in sich selbst. Es gibt keine Verdingung bei einem nur kurz währenden Arbeitsverhältnis. Durch die Novellengesetzgebung von 1898 wurde der Inhalt des § 61 Ziffer 1 nicht geändert, sondern lediglich ein Ausdruck, der bereits begrifflich in dem Ausdruck Verdingung enthalten ist und deshalb überflüssig war, weggelassen.

Der allgemeine Sprachgebrauch stützt ebenfalls die hier vorgetragene Auslegung des Verdingungsbegriffs. Bei dem Wort Verdingung wird eben zunächst nicht an die persönlich-organisatorische Abhängigkeit gedacht, sondern an Arbeitsleistung im Dienste eines anderen, die sich notwendigerweise über eine längere Zeit hinwegerstrecken muß.

Die hier vorgetragene Auffassung wird ferner noch getragen durch die Begründung zum früheren § 54 Ziffer 1 K O.[36]). Dort wird nach kurzer Darstellung der geschichtlichen Entwicklung des Vorrechtes die Ausdehnung des Vorrechtes auf die ständig Beschäftigten unter Hinweis auf die besondere wirtschaftliche Lage dieser Personen zu rechtfertigen versucht. Indem das Vorrecht nun auf diese ständig beschäftigten Personen beschränkt worden ist, hat der Gesetzgeber mit Recht die besondere wirtschaftliche Lage und die damit verbundene erhöhte Schutzbedürftigkeit bei denjenigen Personen verneint, die sich nur zu kurzem und vorübergehenden Dienste verpflichtet haben. Wenn man bedenkt, daß die allgemeine durchweg gebilligte Entwicklung auch nach 1877 dahin ging, zum mindesten in der Auslegung der fraglichen Vorschriften, das Vorrecht möglichst zu restringieren, so ist keinesfalls ersichtlich, warum der Gesetzgeber, obwohl in der Begründung gesagt ist, daß Ziel bleiben müßte, sämtliche Vorrechte zu beseitigen, im Jahre 1898 eine durch die Verhältnisse und unter Abwägung der verschiedenen Interessenlagen keineswegs gerechtfertigte Ausdehnung des Vorrechts statuiert haben sollte. Die entgegengesetzte Ansicht läuft den allgemeinen Bestrebungen, das Konkursvorrecht nur ausnahms-

---

[35]) So Jäckel-Güthe a. a. O. Anm. zu § 10, der jedoch nicht das Erfordernis eines Dauerarbeitsverhältnisses aufstellt.

[36]) Motive S. 1472/73.

weise und bei besonderem Bedürfnis zu gewähren, zuwider und ist deshalb abzulehnen.

An diesem Ergebnis können auch die Gesetzesmaterialien von 1897/1898 nichts ändern[87]). Dort ist unter Bezugnahme auf § 10 Zw.Verst.Ges. ausgeführt, daß das Konkursvorrecht nicht in Zukunft davon abhängig gemacht werden soll, ob das Arbeitsverhältnis, dem die Forderung entspringt, ein Dauerarbeitsverhältnis ist. Jenen Materialien darf aber keine sie überschätzende Würdigung beigelegt werden. Sie könnten nur dann als wertvolles Auslegungsmittel in Frage kommen, wenn der in ihnen enthaltene Gedanke im Gesetz einen Ausdruck gefunden hätte. Daß dies nicht der Fall ist, wurde gezeigt. Weder Sprachgebrauch noch allgemeiner Zweck des Vorrechts rechtfertigen eine Auslegung, die dem Materialieninhalt gerecht wird. Folgerichtigkeit und Billigkeit und Rücksichtnahme auf die Interessen der übrigen Konkursgläubiger verbieten es, in diesem Falle die Materialien als Wegweiser bei der Auslegung zu benutzen. Im übrigen geht auch die Ansicht in den Materialien von falschen Voraussetzungen aus, indem sie irrtümlicherweise annimmt, daß auch das Zwangsversteigerungsvorrecht dann zu gewähren sei, wenn kein Dauerarbeitsverhältnis vorliege.

Es kann aufgrund der bisherigen Ausführungen als festgelegt angesehen werden, daß immer dann ein Verdingungsverhältnis zum Gemeinschuldner besteht, wenn jemand bei jenem innerhalb einer längeren Zeitspanne in derart starkem Maße mit seiner Arbeitskraft in Anspruch genommen war, daß mit der Verwendung und Ausnützung der übriggebliebenen Arbeitskraft die Begründung oder Aufrechterhaltung einer selbständigen Existenz nicht mehr möglich war. Es muß also ein Dauerarbeitsverhältnis sowie eine erhebliche Inanspruchnahme während der Dauer dieses Verhältnisses vorliegen. Es wird im Folgenden auf diese Tatbestandsmerkmale des Verdingungsbegriffs noch näher eingegangen werden müssen.

Zuvor soll aber der Begriff der wirtschaftlichen Existenz selbst noch klar gelegt werden. Dieser Begriff wird auch im Zusammenhang mit der Untersuchung über die Relativität der Verdingung eine bedeutsame Rolle spielen.

Unter dem Begriff der wirtschaftlichen Existenz kann man zweierlei verstehen. Man kann in ihr einmal denjenigen Lebensstandard sehen, den der Arbeitnehmer entsprechend seiner sozialen Stellung während der Zeit seines ordentlichen Beschäftigtseins tatsächlich eingenommen hat. Seine wirtschaftliche Existenz wäre dann in Frage gestellt, wenn es bei vollem oder teilweisem Ausfalle seiner Vergütungsforderung im Konkursverfahren ihm nicht mehr möglich wäre, seine bisherige Lebenshaltung weiterhin beizubehalten. Man

[87]) Motive a. a. O.

kann unter wirtschaftlicher Existenz aber auch das Existenzminimum verstehen, d. h. den gedachten Lebensstandard, bei dem es dem Arbeitnehmer gerade noch möglich ist, die unbedingt notwendigen Lebenshaltungskosten zu bestreiten.

Dieser letztgenannte Sinn ist dem Begriff der wirtschaftlichen Existenz im Rahmen der vorliegenden Untersuchung zugrundezulegen. Denn nur insoweit, als das Existenzminimum gefährdet ist, kann der Arbeitnehmer als schutzwürdig im Sinne dieser arbeitsrechtlichen Vorschrift angesehen werden. Ein darüber hinausgehender Schutz ist nicht gerechtfertigt. Ist der Arbeitnehmer deshalb mit seiner Vergütungsforderung nicht bevorrechtigt, weil sein Existenzminimum nicht in Frage gestellt ist, muß er sich aber doch infolge des Ausfalls in seiner Lebenshaltung gewisse Beschränkung auferlegen, die seinen wirklichen Standard zum Existenzminimum hin tendieren lassen, so ist er in keiner anderen Stellung als mancher andere nicht bevorrechtigte Gläubiger. Nach dem Grundsatz der par conditio creditorum muß er aber mit seiner Forderung, die sein Existenzminimum nicht mehr berührt, ebenso als einfacher Konkursgläubiger gelten, wie die Gläubiger des § 61 Ziffer 6, bei denen das Gesetz von vornherein eine Schutzbedürftigkeit verneint hat.

Bei der Feststellung des Existenzminimums muß man Rücksicht nehmen, ob und wieviel Unterhaltsberechtigte der das Konkursvorrecht Begehrende neben sich selbst noch zu unterhalten hat[38]). Dabei wird sowohl, was seine eigene Person als auch die Personen, die unterhaltsberechtigt sind, anbetrifft, Rücksicht auf die standesgemäße Lebenshaltung genommen werden müssen, wobei aber auch von dieser standesgemäßen Lebenshaltung verlangt werden muß, daß sie unter Berücksichtigung aller Umstände unbedingt erforderlich ist. In diesem Sinne soll im Weiteren von dem Begriffe der wirtschaftlichen Existenz gesprochen werden.

II. Das Dauerarbeitsverhältnis als Tatbestandsmerkmal der Verdingung.

Daß und warum ein Dauerarbeitsverhältnis erforderlich ist, wurde bereits ausgeführt. Es kann sich deshalb im Folgenden nur noch darum handeln, wann das Vorliegen eines Dauerarbeitsverdienstes anzunehmen ist.

Da dieses Verhältnis nur dann Dauercharakter im Sinne des § 61 Ziffer 1 haben kann, wenn die daraus entstehende Folge wirtschaftliche Abhängigkeit ist, so liegt sicher dann ein derartiges Verhältnis vor, wenn die für die Gesamtarbeitszeit zu gewährende

[38]) Vgl. auch § 850 b Abs. 2 der ZPO. in der Fassung des Gesetzes vom 24. Oktober 1934.

Vergütung für den Arbeiter von derartiger Bedeutung ist, daß ohne sie die Begründung oder Aufrechterhaltung seiner Existenz in Frage gestellt wäre. Dabei kommt es auf einen besonders großen Zeitumfang nicht an[39]).

Ein Dauerarbeitsverhältnis liegt aber auch dann vor, wenn es zwar de facto nicht zum Dauerarbeitsverhältnis in dem eben angeführten Sinne gekommen ist, wenn es aber von den Beteiligten bei Arbeitsantritt oder bei Vertragsabschluß als solches gewollt war (subjektives Dauerarbeitsverhältnis). Denn die Verdingung tritt bereits im Augenblick des Arbeitsantritts ein, sofern nur das Verhältnis nach dem Willen der Beteiligten derart dauernd sein soll, daß damit eine wirtschaftliche Abhängigkeit eintreten kann. Ein Arbeiter erhält z.B. in einer Fabrik eine Arbeitsstellung. 2 Tage nach dem Arbeitsantritt wird über das Fabrikunternehmen das Konkursverfahren eröffnet. Obwohl in diesem Falle durch den vollen oder teilweisen Ausfall der für die beiden Arbeitstage entstandenen Vergütung[40]) die wirtschaftliche Existenz des Arbeiters in der Regel nicht gefährdet ist, liegt trotzdem eine Verdingung vor, weil jene gefährdet gewesen wäre, wenn das Arbeitsverhältnis eine dem Willen der Beteiligten entsprechende Abwicklung erfahren hätte. Diese Fälle werden aber selten sein. Denn bei auf Dauer angelegten Arbeitsverhältnissen sind die Kündigungsfristen derart lange gehalten, daß schon aus diesem Grunde das Verhältnis auch in objektivem Sinne nicht mehr als nur vorübergehendes angesehen werden kann. Die Frage nach der Bevorrechtigung bei subjektiven Dauerarbeitsverhältnissen wird deshalb praktisch nur dort auftreten, wo ein derartiges Verhältnis fristlos gelöst wurde.

Umgekehrt ist aber auch nicht erforderlich, daß das Arbeitsverhältnis von vornherein als dauerndes festgelegt worden ist, wenn es sich nur tatsächlich zum dauernden entwickelt hat. Deshalb liegt bei einer „versuchsweise" für keine näher bestimmte Zeit eingegangenen Anstellung ein Dauerarbeitsverhältnis vor[41]). Die von Woche zu Woche vorhandene Möglichkeit zur Lösung der Beziehungen nimmt ebenfalls dem Arbeitsverhältnis nicht den Charakter eines Dauerverhältnisses. Aus diesem Grunde sind auch die Forderungen, die sogen. Kettenverträgen entspringen, im Konkurse bevorrechtigt.

[39]) Günther a. a. O.

[40]) Die Vergütung für die nach der Konkurseröffnung geleistete Arbeit ist Masseschuld: § 59 Ziffer 2 K.O.

[41]) OLG. XII S. 423. Uebrigens darf dieser Fall nicht verwechselt werden mit jenem, wo eine Person für wenige Tage versuchsweise in den Betrieb aufgenommen wird, und wo nach dem schon zu Anfang vorhandenen Willen der Beteiligten nach Ablauf dieser wenigen Tage ein Anstellungsvertrag abgeschlossen werden soll. Während der dem Abschlußtage vorausgehenden Tage liegt keine Verdingung vor.

III. Der Grad der Inanspruchnahme durch den Gemeinschuldner als Unterscheidungskriterium.

Die wirtschaftliche Schwäche, die § 61 Ziffer 1 voraussetzt, ist aber nicht in allen Fällen dann gegeben, wenn in einem Dauerarbeitsverhältnis Arbeitskraft zum Austausch gelangt. Ein Dauerarbeitsverhältnis kann nämlich, wie bereits dargestellt wurde, auch dann vorliegen, wenn innerhalb einer längeren Zeitspanne regelmäßig oder unregelmäßig nur von Zeit zu Zeit Arbeit geleistet wird. Ein Gärtner ist z. B. verpflichtet, alle 2 Wochen einen Tag dafür zu verwenden, den Garten des Dienstberechtigten wieder in Ordnung zu bringen, den Rasen zu schneiden oder die der Jahreszeit entsprechenden Pflanzen einzusetzen. Oder: Eine Person, die gewerbsmäßig für andere den Bürgersteig zu kehren pflegt, ist von mir damit betraut, entsprechend der polizeilichen Vorschrift Dienstags und Freitags den Bürgersteig vor meinem Hause zu kehren. Oder: A, der seinen Erwerb durch Erteilung von Nachhilfestunden bestreitet, erteilt jeden Tag den Kindern des B im ganzen 3 Nachhilfestunden. Er erhält hierfür wöchentlich 20.— RM.

In allen 3 Fällen liegt ein Dauerarbeitsverhältnis vor. Daß durch die Art und durch den Umfang der zu vollbringenden Arbeitsleistung die Arbeitskraft innerhalb der längeren Zeitspanne nicht ausschließlich in Anspruch genommen wird, ändert an dem Charakter dieser Verhältnisse als Dauerverhältnisse nichts. Allen drei Fällen ist ferner gemeinsam, daß die Arbeitenden auch noch auf andere Beschäftigungsverhältnisse angewiesen sind. Die Einkünfte aus den erwähnten Beschäftigungen sind nicht so groß, als daß die genannten Personen in der Lage wären, damit allein eine wirtschaftliche Existenz (Existenzminimum) zu begründen. Und doch kann nicht in allen drei Fällen den Lohn- oder Gehaltsansprüchen das Konkursvorrecht zugebilligt werden.

Da der Begriff der Verdingung verlangt, daß durch das Arbeitsverhältnis zum Gemeinschuldner die Arbeitskraft innerhalb einer längeren Zeitspanne derart in Anspruch genommen sein muß, daß aus der Verwendung der übrigbleibenden Arbeitskraft eine selbständige Existenz nicht mehr begründet werden kann, so werden in dem Gärtnerbeispiel aus dem sonst noch zum Leben erforderlichen abgeschlossenen Beschäftigungsverhältnisse immer noch soviel Einkünfte vorhanden sein, daß aus ihnen allein eine wirtschaftliche Existenz, wenn auch nur im Sinne des Existenzminimums, als gesichert angesehen werden kann. Es darf unterstellt werden, daß die Gesamteinkünfte eines Gärtners immer derart sind, daß sie eine Lebenshaltung, die über dem Existenzminimum liegt, gestattet. Dies vorausgesetzt, vermögen die übrigen 24 Tage des Monats dem Gärtner aus anderweitigen Beschäftigungen immer noch derart viel einzubringen, daß er mit diesen Einkünften allein in der Lage ist,

seine wirtschaftliche Existenz aufrecht zu erhalten. Entsprechendes gilt für das zweitgenannte Beispiel. Die zweimal in der Woche stattfindende Reinigung des Straßenstückes vor meinem Hausanwesen nimmt derart wenig Zeit in Anspruch und bringt dementsprechend im Verhältnis zum sonst erforderlichen Gesamteinkommen derart wenig Vergütung ein, daß der Straßenkehrer noch eine Vielzahl von anderen Verträgen abschließen muß, wenn er seine Lebenshaltung gesichert sehen will. Die Vergütung, die er von mir zu beanspruchen hat, ist im Verhältnis zu dem von ihm benötigten Gesamteinkommen zu geringfügig, um im Sinne des § 61 Ziffer 1 als erheblich ins Gewicht fallend gelten zu können.

Anders liegt der Fall im dritterwähnten Beispiel. Vorausgesetzt, daß die vom Gemeinschuldner bezahlte Vergütung üblich ist und der Lehrer für die Erteilung von Nachhilfestunden auch bei anderen Personen nicht mehr Gehalt erhält, so wird er auch bei voller Ausnützung seiner Arbeitskraft unter Einrechnung der von B bezogenen Vergütung monatlich nicht mehr als 180.— RM verdienen. Der Teilposten von wöchentlich 20.— RM oder monatlich von etwas mehr als 80.— RM bildet deshalb einen sehr erheblichen Teil seines Gesamteinkommens, auf den er ganz nicht verzichten kann, wenn er nicht seine wirtschaftliche Existenz in Frage gestellt sehen will.

Diese Fragestellung, die allein von Bedeutung sein lässt, ob die Inanspruchnahme durch den Gemeinschuldner immer noch so viel an Arbeitskraft übrig lässt, daß durch seine Verwendung selbständig eine Existenz begründet werden kann, unterscheidet sich erheblich von jener, die fragt, ob die Arbeitskraft des Arbeitenden ganz oder hauptsächlich durch den Gemeinschuldner in Anspruch genommen worden ist, oder die freie Verfügung über die Arbeitskraft aufgegeben wurde[42]). Es kommt nach der hier verteidigten Ansicht gar nicht darauf an, ob die Tätigkeit beim Gemeinschuldner die Arbeitskraft hauptsächlich oder vollständig in Anspruch genommen hat. Entscheidend allein ist das Verhältnis des wirklichen Gesamteinkommens zu der Vergütung, die der Arbeitende vom Gemeinschuldner zu beanspruchen hat und ob darnach diese Vergütung derart wesentlich ist, daß ohne sie die Begründung oder Aufrechterhaltung der wirtschaftlichen Existenz nicht gedacht werden kann. Ist der Dienstverpflichtete hierauf angewiesen, so hat er durch die Hergabe von Arbeitskraft die Betreuung seiner wirtschaftlichen Persönlichkeit dem Gemeinschuldner überlassen und diesem sich damit verdingt.

Diese Ausführungen dürfen nun allerdings nicht so verstanden werden, als ob in jedem Falle erforderlich ist, daß gerade die im Zeitpunkt der Konkurseröffnung rückständige Lohn- oder

[42]) So RGZ. 62, 231; 130, 333 vom 21. 12. 1926 in JW. 1927, 848.

Gehaltsforderung in diesem Sinne erheblich sein muß. Ist in dem obenerwähnten Beispiele mit dem Hauslehrer der Dienstberechtigte im Augenblick der Konkurseröffnung dem Lehrer nur 3.— RM schuldig, so ist der Lehrer auch mit dem an sich geringen Betrag bevorrechtigt. Denn es darf nicht gefragt werden, ob gerade die noch rückständige Forderung in dem gezeigten Sinne erheblich ist, sondern nur, ob die ganze für die geleisteten Dienste gewährte Vergütung und vielleicht größtenteils schon bezahlte Vergütung für die Lebenshaltung während der Dauer des Arbeitsverhältnisses wichtig war oder ist. Das ist an sich selbstverständlich, wenn man sich daran erinnert, daß die Fragestellung nur so lautet: Hat der Dienstverpflichtete durch die Menge der bereits hingegebenen Arbeitskraft oder der noch hinzugebenden sich derart der Möglichkeit begeben, noch andere Arbeit bei anderen Personen auszuüben, daß infolge der geringen Menge der bei anderen Personen noch möglichen Arbeit die Vergütung hieraus zur Existenz nicht ausreicht?

Dabei ist nur entscheidend, ob die Dienste beim Gemeinschuldner eine Weiterbeschäftigung bei anderen Personen zulassen. Ob nämlich außer der beim Gemeinschuldner verrichteten Dienste weitere Arbeit tatsächlich verrichtet wird und damit tatsächlich ein weiteres Einkommen vorhanden ist, ist unmaßgeblich. Der Gärtner, der im Monat an Arbeit überhaupt nur während 2 Tagen Arbeit beim Gemeinschuldner verrichtet hat, sei es, weil er nicht mehr arbeiten will, sei es, daß er eine andere Arbeitsstelle nicht finden kann, ist deshalb mit seiner Lohnforderung an den Gemeinschuldner nicht bevorrechtigt. Zwar ist in diesem Falle sein Einkommen aus der Tätigkeit im Dienste des Gemeinschuldners von erheblicher Bedeutung für seine Existenz; das aber deshalb, weil er infolge außerhalb des Arbeitsverhältnisses liegender Umstände nicht zur weiteren Ausnützung seiner Arbeitskraft imstande ist und nicht deshalb, weil ihm gerade durch das Arbeitsverhältnis mit dem Gemeinschuldner und die damit verbundene Inanspruchnahme seiner Arbeitskraft eine weitere Beschäftigung unmöglich ist.

Es kommt also immer darauf an, w a r u m ein weiterer Erwerb durch Arbeit nicht möglich ist. Nur wenn der Grund darin liegt, daß durch die Inanspruchnahme durch den Gemeinschuldner ein allein die Existenz begründendes Einkommen aus weiterer Arbeit nicht möglich ist, kann dieser Mangel für die Frage, ob eine Verdingung vorliegt, von Bedeutung sein.

Dieses Ergebnis mag im einzelnen Fall den Betroffenen hart ankommen. Man muß aber beachten, daß man bei anderer Ansicht letzten Endes die Konkursmasse zum Nachteil der Konkursgläubiger die Folgen der Arbeitslosigkeit tragen lässt. Man muß auch bei Behandlung dieser Frage die Interessen der Schutzwürdigen gegen die berechtigten Interessen der übrigen Konkursgläubiger abwägen. Die Interessen der Konkursgläubiger haben dann zurückzutreten, wenn

es sich darum handelt, daß eine Person ihre ganze Arbeitskraft oder einen Großteil von ihr und damit ihre wirtschaftliche Persönlichkeit überhaupt im Vertrauen auf die Solvenz des Arbeitgebers hingegeben hat. Dem Interesse der Konkursgläubiger ist aber überall dort der Vorrang zu geben, wo die wirtschaftliche Schwäche des Arbeitenden nicht durch die Dienstleistung an den Gemeinschuldner begründet wurde, sondern dadurch, daß infolge von Umständen, die mit dem Verhältnis zu dem Gemeinschuldner nichts zu tun haben, kein weiterer Ewerb möglich war.

Dieser Grundsatz, wonach eine Verdingung nur dann vorliegt, wenn die Tätigkeit beim Gemeinschuldner die Arbeitskraft des Dienstverpflichteten entweder ganz oder doch so in Anspruch genommen hat, daß durch die Verwendung der übrigbleibenden Arbeitskraft allein eine Existenz nicht mehr begründet werden kann, erleidet dann eine Ausnahme, wenn zwar die Tätigkeit beim Gemeinschuldner an sich noch eine nebenhergehende anderweitige Beschäftigung zuließ, aus der eine selbständige Existenz hätte begründet werden können, der Dienstverpflichtete aber deshalb von einer Verwendung der restlichen Arbeitskraft keinen Gebrauch machte, weil die Vergütung für die Tätigkeit beim Gemeinschuldner zur Fristung seines Lebensunterhaltes genügte. Eine Person hat sich z. B. dazu verpflichtet, täglich für etwa 3—4 Stunden die in einem Unternehmen anfallenden juristischen Fälle zu bearbeiten. Ihr Gehalt hierfür beträgt 500.— RM. Einer anderen Beschäftigung geht diese Person nicht nach, da der Verdienst von 500.— RM ihr zur Fristung ihres Lebensunterhaltes ausreicht.

Den in solchem Falle erzielten Dienstlohn deshalb von der Bevorrechtigung auszuschließen, weil die Person noch zu anderem Verdienste fähig gewesen wäre, ist nicht gerechtfertigt[43]). Nicht die Erwerbsfähigkeit, sondern die Erwerbstätigkeit ist in diesem Ausnahmefall zu betrachten. Derjenige, der infolge besonderer Umstände in wenigen Tagesstunden bereits soviel verdient, daß er auf anderen Verdienst verzichten kann, ohne seine Existenz zu gefährden, und der sich darauf verlassen hat, daß der Dienstlohn oder das Gehalt ihm auch bezahlt wird, darf nicht schlechter gestellt werden, als derjenige, der infolge anderer Umstände bei Sicherung seiner wirtschaftlichen Existenz seine Arbeitskraft voll ausnutzen muß. Es wäre ein Unrecht, wollte man den Gehaltsanspruch des juristischen Sachbearbeiters mit der Erwägung von der Bevorrechtigung ausschließen, daß er auch noch zu anderem Verdienst während der durch den Gemeinschuldner nicht in Anspruch genommenen Arbeitszeit in der Lage gewesen wäre. Der juristische Sachbearbeiter durfte sich mit Recht darauf verlassen, daß bei Aus-

[43]) So ROHG. Band 24 S. 363 in Auslegung des § 1 des früheren Lohnbeschlagnahmegesetzes.

zahlung des ihm zustehenden Gehaltes seine wirtschaftliche Existenz gesichert ist. Im übrigen unterscheidet sich dieser Fall von dem Gärtnerfall wesentlich dadurch, daß der juristische Sachbearbeiter eine inhalts- und mengenmäßig gesehene größere Arbeitsleistung vollbracht hat als der Gärtner. Seine Arbeitsleistung steht also mit der Konkursmasse in viel engerer Beziehung, als die Arbeitsleistung des nur zweimal im Monat tätig werdenden Gärtners. Es ist fernerhin zu berücksichtigen, daß derjenige, der innerhalb einer verhältnismäßig kurzen Zeitspanne in der Lage ist, eine wertvolle Arbeitsleistung zu vollbringen, gewöhnlich eine Vorbildungszeit durchmachen mußte, in der er ohne Erwerb war, und auch später noch neben seiner Berufstätigkeit sich fachlich auf dem Laufenden halten muß, wenn er auch in Zukunft derart wertvolle Arbeitsleistung vollbringen will, daß ihm hierfür eine Vergütung gewährt wird, die sonst nur bei längerer Arbeitsdauer bezahlt wird. Muß somit auch in diesem Falle das Vorrecht gewährt werden, so ist dies eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz, die gerechtfertigt ist, weil der Dienstverpflichtete berechtigt war, seine Verdingung subjektiv zu schaffen. Voraussetzung für die Gewährung des Vorrechtes in diesem Ausnahmefalle ist aber immer, daß die vom Gemeinschuldner zu beanspruchende Vergütung zur Begründung oder Aufrechterhaltung in dem Sinne erheblich war, daß ohne sie die Existenzgrundlage nicht gedacht werden kann. Das kann nun einmal dadurch der Fall sein, daß wie im Falle des juristischen Sachbearbeiters nur beim Gemeinschuldner gearbeitet wurde. Es kann aber auch der Fall sein, wenn innerhalb der beschränkten Arbeitszeit bei mehreren Personen gearbeitet wurde und jede der ihm für diese Tätigkeiten zustehenden Vergütungen zur Existenz erforderlich waren. A benötigt z. B. zur Begründung seines Existenzminimums im Monat 250.— RM. Er arbeitet täglich im ganzen 4 Stunden, hiervon 2 Stunden bei B und 2 Stunden bei C. Von jedem erhält er im Monat 125.— RM. B gerät in Konkurs. Auch in diesem Falle wäre es dem A an sich vielleicht noch möglich gewesen, durch anderweitige Beschäftigung unter Einbeziehung der Einkünfte von C ein von den Einkünften des B unabhängiges, wirtschaftliches Existenzvermögen zu begründen. Im Hinblick aber darauf, daß ihm das Einkommen von 250.— RM genügte, hat er von weiterer Beschäftigung abgesehen. Auch in diesem Falle war seine Tätigkeit derart viel wert, daß er zeitmäßig weniger zu arbeiten brauchte als üblich, um seinen Unterhalt zu sichern. Sowohl im Falle des A, als auch im Falle des juristischen Sachbearbeiters sind beide Personen auf die Realisierung ihrer Vergütungsansprüche an den Gemeinschuldner angewiesen, um ihre Existenz aufrecht erhalten zu können. A unterscheidet sich von dem juristischen Sachbearbeiter nur insofern, als sein Gesamteinkommen nicht nur aus der Tätigkeit beim Gemeinschuldner, sondern auch noch aus ander-

weitiger Verwendung seiner Arbeitskraft resultiert. Dieser Umstand kann aber kein Grund sein, dem A das Vorrecht zu versagen. Die gleichen Erwägungen, die im anderen Falle eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz gerechtfertigt haben, müssen auch hier angestellt werden. Auch er war berechtigt, im Hinblick auf das weitere Einkommen aus seiner Tätigkeit bei C, seine wirtschaftliche Existenz als gesichert anzusehen.

Es ist nicht zu bestreiten, daß diese Fälle eine gewisse Aehnlichkeit mit jenem bereits erörterten Falle haben, wo eine Person eine die ganze Arbeistkraft nicht voll in Anspruch nehmende Tätigkeit beim Gemeinschuldner ausgeübt hat und eine weitere Beschäftigung aber nicht finden konnte (Gärtnerfall). Der maßgebliche Unterschied liegt aber darin, daß in jenem Falle unterstellt wurde, daß die beim Gemeinschuldner verrichtete Arbeit im Verhältnis zu der sonst noch erforderlichen Arbeitsleistung von untergeordneter Bedeutung und die aus der Arbeitsleistung beim Gemeinschuldner erzielte Vergütung im Verhältnis zum insgesamt benötigten Einkommen in dem Sinne unerheblich war, daß auch ohne ihre volle oder teilweise Realisierung die Aufrechterhaltung der Existenz gedacht werden könnte, falls die Arbeitskraft zu der zum Lebensunterhalt genügenden und erforderlichen Verwendung gelangt wäre. Bei der wertmäßigen Durchschnittlichkeit der gärtnerischen Tätigkeit wird es zur Bestreitung des Lebensunterhaltes in der Regel erforderlich sein, daß die Arbeitskraft voll ausgenützt wird. Eine tägliche Arbeitszeit von 8 Stunden wird nötig sein. Der Gärtner, der in 2 Wochen bei einer bestimmten Person nur 8 Stunden arbeitet, wird deshalb immer noch bei anderen Personen insgesamt etwa 100 Stunden in dieser Zeitspanne arbeiten müssen. Da der normale Verdienst regelmäßig den zum Existenzminimum erforderlichen übersteigt, wird es bei diesem Verhältnis von Vergütungsanspruch an den Gemeinschuldner und benötigtem Gesamteinkommen für den Gärtner tragbar sein, auf eine in diesem Sinne geringfügige Vergütung zu verzichten (wirtschaftlich gesehen). Anders in dem Fall, in dem die vom Gemeinschuldner bezogene Vergütung gerade die Hälfte des benötigten Gesamteinkommens ausmacht.

Es ist nun klar, daß es Grenzfälle geben kann, wo die Frage, ob eine wirtschaftliche Abhängigkeit in dem gezeigten Sinne vorgelegen hat oder nicht, nicht immer so einfach gelöst werden kann, wie in den genannten Beispielen. Diese möglichen Schwierigkeiten sprechen aber nicht gegen die Auslegung des Verdingungsbegriffs, wie sie hier vorgetragen wurde. Immer, wo juristische Begriffe in dem Sinne normativ sind, daß sie auf wirtschaftliche Verhältnisse Bezug nehmen, wird die Subsumierung einzelner Tatbestände bei der Vielgestaltigkeit von wirtschaftlichen Lagen Schwierigkeiten bereiten. Den Vorwurf der mitunter schwierigen Abgrenzung könnte man in ebenso großem Maße auch der Vorschrift des

§ 850 b Z.P.O. in der Fassung des Gesetzes vom 24. 10. 1934 machen. Auch dort wird es nicht immer leicht sein, zu entscheiden, ob das Arbeitsverhältnis die Erwerbstätigkeit des Zwangsvollstreckungsschuldners ganz oder hauptsächlich in Anspruch genommen hat. Trotzdem dem Gesetzgeber die Auslegungsschwierigkeiten aus der Zeit der Geltung des Reichsgesetzes vom 21. Juni 1869 (Bundesges.Bl. 1869 S. 242 und 1871 S. 63, 1898 S. 332) und der Verordnung über Lohnpfändung vom 25. Juni 1919 (RGBl. 1919 S. 589, 1921 S. 1657, 1923 I S. 1186, 1924 I S. 25), die ein gleichartiges Dienst- oder Arbeitsverhältnis, wie der heute geltende § 850 b Z.P.O. voraussetzten, hat der Gesetzgeber von 1934 in dieser zuletzt genannten Vorschrift ebenfalls wiederum verlangt, daß es sich um ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis handeln muß, das den Schuldner ganz oder hauptsächlich mit seiner Arbeitskraft in Anspruch genommen hat.

IV. Die Relativität der Verdingung.

Die bisherigen Ausführungen hatten den Zweck, aus dem Grundgedanken des § 61 Ziffer 1 klarzumachen, daß eine Verdingung nur dann vorliegen kann, wenn durch die Art der Hingabe von Arbeitskraft und der damit für den Dienst- oder Arbeitsverpflichteten verbundenen Folgen eine wirtschaftliche Abhängigkeit vom Dienstberechtigten eingetreten ist. Die wirtschaftliche Abhängigkeit wurde dann als vorhanden erachtet, wenn der Dienstverpflichtete auf die Vergütung für seine Arbeitstätigkeit zur Begründung oder Aufrechterhaltung seiner Existenz angewiesen ist. Die Tendenz des § 61 Ziffer 1 geht dahin, die wirtschaftliche Grundlage der Arbeitskraft zu schützen. Kann diese Grundlage aus besonderen Gründen nicht als gefährdet angesehen werden, so ist das Vorrecht zu versagen. Aus diesem Grundgedanken heraus ergibt sich aber auch, daß die Vergütungsforderung nur insoweit als bevorrechtigt gelten kann, als bei ihrem Ausfall die Existenz in Frage gestellt wird. Wenn z. B. A, dessen Haushalt bei geringster Lebenshaltung jährlich an Ausgaben 3000.— RM erfordert, bei dem Gemeinschuldner mit einem Jahresverdienst von 6000.— RM beschäftigt war, und der Gemeinschuldner im Zeitpunkte der Konkurseröffnung ihm für 3 Monate das Gehalt im Gesamtbetrage von 1500.— RM noch schuldig ist, so kann lediglich die Forderung bis zu dem Betrage von 750.— RM als bevorrechtigt zugelassen werden. Die über diesen Betrag hinausgehende Forderung ist einfache Konkursforderung.

Diese Ansicht stützt sich auf die Auslegung des Begriffs der Verdingung und läßt sich nicht mit dem Hinweis widerlegen, daß der Wortlaut der Ziffer 1 eine Teilung der Vergütungsforderung in eine bevorrechtigte und eine nichtbevorrechtigte nicht kennt. Die hier vorgetragene Ansicht geht davon aus, daß eine Verdingung

nur insoweit vorliegt, als der Dienstverpflichtete in dem gezeigten Sinne auf den Lohn angewiesen ist. Darnach besteht eine gegenseitige Wechselbeziehung von Arbeitstätigkeit und Vergütungsforderung in dem Sinne, daß die Vergütung Arbeitstätigkeit wirtschaftlich ermöglichen soll und die Tätigkeit derart sein muß, daß Vergütungsansprüche an andere Personen in dargetanem Umfange nicht mehr erworben werden können. In dem angeführten Beispiel bleibt die wirtschaftliche Existenz des A unberührt, auch wenn der über 750.— RM hinausgehende Betrag deshalb ausfällt, weil nach der Befriedigung der Massegläubiger und bevorrechtigten Gläubiger, wozu auch er mit der einen Forderung von 750.— RM gehört, keine Masse zur Befriedigung der nicht bevorrechtigten Konkursforderungen mehr vorhanden ist. Da aber § 61 Ziffer 1 nur die wirtschaftliche Existenz des Arbeitenden schützen will, ist seine Vergütungsforderung, insoweit sie seine Existenz nicht mehr berührt, im Interesse der sonstigen Konkursgläubiger entsprechend dem Grundsatz der par conditio creditorum als einfache Konkursforderung anzusehen. Eine Bevorrechtigung auch dieser über den „Existenzbetrag" hinausgehenden Forderung ist nicht begründet, da ein Schutz der wirtschaftlichen Existenz bereits durch die Bevorrechtigung des Existenzbetrages getroffen ist[44]).

Jede Vorrechtsvorschrift ist eine Ausnahmevorschrift. Der § 61 Ziffer 1 will eine bestimmte Gruppe von Personen, die in Dienst- oder Arbeitsverhältnissen stehen, in ihrer wirtschaftlichen Existenz schützen. Mehr nicht. Ueber die so bestimmte Schutzwürdigkeitsgrenze hinaus, ist eine bevorrechtigte Stellung vor anderen Gläubigern nicht mehr erforderlich. Der weitere Forderungsbetrag muß deshalb genau so einfache Konkursforderung sein, wie die Forderung der Gläubiger der Ziffer 6, bei denen der Gesetzgeber unterstellt hat, daß sie durch den Ausfall ihrer Forderung in ihrer wirtschaftlichen Existenz nicht berührt werden. Diese Ansicht stützt sich letztlich auf den Gesetzeszweck, der im Gesetzesausdruck „verdungen" bei richtiger Auslegung unter Würdigung des Gesetzeszweckes genügenden Ausdruck gefunden hat. Die Materialien liefern allerdings für diese Auslegung keine Anhaltspunkte. Sie können aber auch keine bieten, weil sie offensichtlich die Verdingung an eine persönliche Abhängigkeit knüpfen. Legt man aber der Verdingung diese Bedeutung bei, so ist allerdings ein Schluß zu der hier soeben vorgetragenen Ansicht unmöglich[45]). — Der § 61 Ziffer 1 geht deshalb von dem gleichen Grundgedanken aus, wie der

[44]) Bezieht A noch Vergütungen aus weiterer Verwendung seiner Arbeitskraft, so müssen selbstverständlich infolge richtiger Fortführung des Obengesagten auch diese bei der Feststellung der Höhe des Vorrechtsbetrages berücksichtigt werden.

[45]) RG. vom 21. 12. 1926 in JW. 1927, S. 848, Kiesow a. a. O. § 2 Anm. 70 lassen deshalb auch die Höhe des Vergütungsanspruchs unberücksichtigt.

bereits erwähnte § 850 b ZPO. Denn indem § 850 b bei Auszahlung für Monate oder Bruchteile von Monaten eine Pfändung der Vergütungsforderung über den Betrag von 150.— RM, bei Auszahlung für Wochen eine Pfändung der Vergütungsforderung über den Betrag von 35.— RM zuläßt, dokumentiert das Gesetz, daß bei einer Pfändung über die genannten Beträge hinaus die Existenz des Schuldners nicht mehr derart gefährdet erscheint, daß eine weitere Bevorzugung in der Zwangsvollstreckung erforderlich ist. In diesem Grundgedanken stimmen deshalb beide Gesetze überein. Sie unterscheiden sich nur in der praktischen Ausführung des Gedankens. § 850 b hat die Grenze der Schutzwürdigkeit durch die genannten Beträge, die unter den Voraussetzungen des Absatz 2 eine Aenderung erfahren können, festgelegt. Eine Berücksichtigung der besonderen Lebensverhältnisse ist also hier nicht möglich. Anders im Falle des § 61 Ziffer 1 KO. Da eine zahlenmäßige Festlegung der Schutzwürdigkeitsgrenze nicht erfolgt ist, kann hier auf die besonderen Lebensumstände des bevorrechtigten Gläubigers Rücksicht genommen werden; insbesondere steht nichts im Wege bei der in concreto erfolgenden Festlegung der Schutzwürdigkeitsgrenze auf den unbedingten standesgemäßen Unterhalt Rücksicht zu nehmen. Dadurch können Härten vermieden werden, die bei Anwendung des § 850 b ZPO. unvermeidbar sind. Andererseits ist nicht zu bestreiten, daß die in jedem einzelnen Falle festzustellende Schutzwürdigkeitsgrenze nicht immer leicht zu ziehen sein wird. Dadurch kann die wünschenswert schnelle Abwicklung des Konkursverfahrens gehemmt und bei der natürlichen Vermehrung der Widersprüche des Konkursverwalters oder eines erschienenen Konkursgläubigers (§ 145 KO.) eine Unzahl von Feststellungsklagen vor den ordentlichen Gerichten angestrengt werden. Zumal im Konkurse eines größeren Unternehmens, das vielleicht Tausende von Arbeitern beschäftigt hat, wird es manchen unvernünftigen Arbeiter oder Angestellten geben, der bei der Anmeldung des beanspruchten Vorrechtes (§ 139 KO.) über das zulässige Maß weit hinausgeht und gewisse Lebensbedürfnisse berücksichtigt haben will, die mit seiner Schutzwürdigkeit im Sinne des § 61 Ziffer 1 nichts mehr zu tun haben. De lege ferenda ist deshalb zu fordern, daß entsprechend dem Vorbild des § 850 b ZPO. zahlenmäßig Grenzen festgelegt werden, bei deren Ueberschreitung das Fehlen einer Schutzwürdigkeit ohne weiteres unwiderlegbar zu vermuten ist.

V. Verdingung neben Einkommen aus Kapital. Zweck der Dienstleistung.

Wenn bisher unterstellt wurde, daß der Dienst- oder Arbeitsverpflichtete außer seiner Arbeitskraft kein weiteres Kapital besitzt,

so trägt diese Unterstellung den üblichen Verhältnissen Rechnung. Die Wirtschaftsentwicklung des vergangenen Jahrhunderts ist gekennzeichnet durch die Kumulation des Kapitals in den Händen weniger. Der Arbeitnehmer von heute besitzt deshalb in der Regel außer seiner Arbeitskraft keine weiteren Erwerbsquellen. Wo der Arbeitnehmer trotzdem noch anderweitiges Kapital besitzt, ist er eine Ausnahme in seinem Stande. Ueber diese Ausnahmen soll im Folgenden gesprochen werden.

Die Frage wird lauten: Kann der Umstand, daß der Dienst- oder Arbeitsverpflichtete außer seinen Einnahmen aus geleisteter Arbeit noch Einnahmen aus anderen Erwerbsquellen hat, bewirken, daß dadurch seine wirtschaftliche Abhängigkeit und damit eine Verdingung beschränkt oder ausgeschlossen wird?

Die Frage ist zu verneinen. Es kann zwar im Einzelfalle durchaus möglich sein, daß der Dienstverpflichtete, dessen Einnahmen aus seinem Kapitalbesitz vielleicht das Einkommen aus seiner Arbeitstätigkeit, zumal in Zeiten des wirtschaftlichen Aufschwungs, um ein Vielfaches übersteigen, weniger auf die Bevorrechtigung im Konkurse angewiesen ist, als ein finanzschwacher Geschäftsmann, der dem Gemeinschuldner Waren geliefert hat und sich im Konkurs mit einer gewöhnlichen Konkursforderung begnügen muß. Diese im Einzelfall vorhandene wirtschaftliche Besserstellung ist aber kein Anlaß, den Dienstverpflichteten aus dem Kreis der Bevorrechtigten auszuschließen. Der Charakter des § 61 Ziffer 1 als einer arbeitsrechtlichen Vorschrift wurde bereits mehrfach betont. Es ist aber allgemeiner Grundsatz des Arbeitsrechts, die besonderen arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen nicht nur demjenigen zugute kommen zu lassen, der de facto schutzbedürftig ist, sondern auch demjenigen, dessen Schutzbedürftigkeit aus der Art seiner Berufstätigkeit, in unserem Falle der Art der Hingabe von Arbeitskraft, fingiert wird. Der Gesetzgeber unterstellt mit Recht, daß jeder, der einem anderen in erheblichem Maße seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt, in eine wirtschaftliche und finanzielle Abhängigkeit von diesem geraten ist. Wo dieser Grund der Schutzbedürftigkeit infolge außerhalb des Arbeitsverhältnisses liegender Umstände wieder in Wegfall gerät, muß trotzdem § 61 Ziffer 1 Anwendung finden. Bei der Beurteilung jedes Arbeitsverhältnisses und bei der Frage, ob und inwieweit ein Vorrecht zuzubilligen ist oder nicht, muß i m m e r angenommen werden, daß der Arbeitnehmer außer seinem Einkommen aus der Verwendung seiner Arbeitskraft keine Einnahmen aus anderen Erwerbsquellen als seiner Arbeitskraft hat.

Ebenfalls kann auch bei der Feststellung und Berücksichtigung der standesgemäß erforderlichen Lebenshaltungskosten keine Rücksicht auf die soziale Stellung des Arbeitnehmers in seiner Eigenschaft als Kapitalbesitzer genommen werden. Ein Werkmeister,

der 400.— RM im Monat verdient und einige Häuser besitzt, aus deren Vermietung ihm Mietzinse zufließen, kann nicht mit der Begründung das Vorrecht für den gesamten Betrag von 400.— RM begehren, daß seine gesellschaftliche Stellung als mehrfacher Hausbesitzer in gesellschaftlicher und sonstiger Hinsicht von ihm mehr Ausgaben verlangt als von irgendeinem anderen seiner Arbeitskollegen. — Das gilt allerdings nur, wenn die Arbeit auch wirklich zum Zwecke des Erwerbes verrichtet wird. Andernfalls verliert der Arbeitsvorgang den Charakter eines unmittelbar wirtschaftlichen Vorgangs. Ein Professor oder ein Student, die sich zu Studienzwecken während der Ferien in einen Betrieb begeben und dort die gleiche Arbeit, wie die wirklichen Arbeitnehmer verrichten, um einen Einblick in ein Unternehmen zu bekommen, tun dies nicht zu Erwerbszwecken. Da beide nicht auf die Vergütung angewiesen sind, weil ihre wirtschaftliche Existenz auf anderen Faktoren beruht, haben sie auch nicht ihre wirtschaftliche Unabhängigkeit aufgegeben. Zwar wird es ihnen tatsächlich unmöglich sein, während ihrer Arbeitszeit andere Arbeit zu verrichten. Aber das Entscheidende ist doch, daß die Gegenleistung für ihre Arbeitsleistung letzten Endes nicht der Lohn, sondern die Gestattung des Einblicks in das Unternehmen darstellen soll. Daran ändert nichts, daß ihnen vielleicht der vertragliche Anspruch auf eine Geldvergütung zusteht. Denn wenn ihnen diese Vergütung gewährt wird, so nicht deshalb, um ihnen eine wirtschaftliche Existenzgrundlage zu schaffen.

Es kommt also immer darauf an, zu welchem Zwecke Arbeit verrichtet wird. Ist die Arbeitsleistung letztlich nicht durch die Anwartschaft auf die wirtschaftliche Gegenleistung motiviert, so scheidet sie als wirtschaftlicher Vorgang aus und eine Verdingung liegt nicht vor.

Diese Fragestellung deckt sich nicht mit der Fragestellung, die nach dem Vorliegen der berufsmäßigen Arbeitsleistung frägt, und die in manchen wissenschaftlichen Bestimmungen des Arbeitnehmerbegriffs hervorgetreten ist[46]). Ein Werkstudent wäre, sofern man die Berufstätigkeit als Erfordernis der Arbeitnehmereigenschaft aufstellt, kein Arbeitnehmer. Dagegen bestehen keinerlei Bedenken, seinen Vergütungsanspruch, sofern nur die weiteren Voraussetzungen gegeben sind, im Konkurse des Arbeitgebers zu bevorrechtigen.

Hand in Hand damit geht die Frage, ob auch Lehrlinge mit ihrem Vergütungsanspruch bevorrechtigt sind[47]). Die Beantwortung

[46]) Kreller a. a. S. 8; Kaskel a. a. O. S. 30; Hueck-Nipperdey a. a. O. S. 40.
[47]) Bejahend die herrschende Lehre und Praxis: Jäger a. a. O. § 61 Anm. 14; RAG. vom 13. Dezember 1930, Bd. 7, 196; RAG. vom 28. 1. 1931, in Bensh. Samml. XII, 3.

wird im wesentlichen von der Auffassung des Lehrlingsvertrags abhängen. Wer den Lehrvertrag als Arbeitsvertrag schlechthin bezeichnet[48]), wird ohne weiteres zur Bevorrechtigung gelangen müssen. Diese Auffassung vom Lehrvertrag ist aber falsch. Der Lehrvertrag ist in erster Linie Ausbildungs- und Erziehungsvertrag und erst dann Arbeitsvertrag[49]). Der Lehrling ist noch ein unfertiger Arbeiter, von dem fachliche Leistungen erst nach und nach erwartet werden, der also zunächst noch ausgebildet werden muß. Gleichwohl enthält auch der Lehrlingsvertrag arbeitsvertragliche Momente. Es wird z. B. niemand leugnen, daß die Vorschriften der Arbeitszeitordnung nicht auch auf die Lehrlinge Anwendung finden. Insbesondere ist es heute auch üblich, dem Lehrling entweder bereits von Anfang seiner Lehrzeit an, oder erst nach Ablauf einer bestimmten Zeit, eine Vergütung zu bezahlen. Das war nicht immer so. Vor einigen Jahrzehnten war es sogar in manchen Berufsarten üblich, daß der Lehrling für seine Ausbildung ein Lehrgeld zahlen mußte. Die Entwicklung zur Gewährung einer Vergütung hat nun zwei Gründe: Einmal ist gerade mit der Entwicklung des modernen Großbetriebes die persönliche Erziehung des Lehrlings durch den Lehrherrn vollkommen in den Hintergrund getreten. Die Arbeitskraft des Lehrlings ist zur wirtschaftlich ausgenützten Arbeitskraft geworden. Es ist heute in der Regel üblich, schon bereits nach kurzer Zeit vom Lehrling wirkliche und keine nur zur Uebung verrichtete Arbeitsleistung zu verlangen. Der Lehrling arbeitet bereits mit. Der zweite Grund zur Gewährung eines Entgeltes liegt darin, daß mit der Zeit bei dem Lehrling eine bestimmte wirtschaftliche Lage vorausgesetzt wurde, die ihn auf die Gewährung einer, wenn auch nur geringfügigen Vergütung angewiesen sein ließ und läßt.

Dieses letzte Moment ist vorliegendenfalls von ausschlaggebender Bedeutung. Von demjenigen, der heute einen Lehrvertrag abschließt und mit dem Lehrherrn eine Vergütung vereinbart, wird angenommen, daß er wirtschaftlich schwach ist und zur Aufrechterhaltung seiner Existenz gerade noch auf die ohnehin in der Regel gering bemessene Vergütung angewiesen ist. Unter diesem Gesichtspunkt ist dem Lehrling das Vorrecht zu gewähren. Gleiches gilt für den Volontär.

Die Tatsache, daß der Lehrling (oder Volontär) von zu Hause aus derart wirtschaftlich gestellt ist, daß er auf die Vergütung nicht angewiesen ist, ist ein außerhalb des Lehrlingsverhältnisses liegender Umstand und ist deshalb nach dem Obengesagten nicht zu berücksichtigen. Das Vorrecht kommt also dadurch nicht in Wegfall.

[48]) So z. B. Kaskel a. a. O. S. 141.
[49]) Vgl. die Niederschrift aus der Sitzung des Ausschusses zur Regelung des Lehrlingswesens vom 7. 1. 1920 S. 2.

VI. Die Verdingung und die zivilrechtlichen Arbeitsvertragsformen.

Bei den bisherigen Ausführungen wurde davon abgesehen, bei der Bezeichnung des Begriffes Dienst- oder Arbeitsverhältnis an einen gesetzlich geregelten Arbeitsvertrag zu denken. Es soll Aufgabe der folgenden Untersuchung sein, das Verhältnis der einzelnen Vertragstypen, in denen eine Verpflichtung zur Arbeitsleistung in weitestem Sinne besteht, zum Verdingungsbegriff klarzulegen. An solchen Vertragstypen kommen im B G B. der Dienstvertrag, der Werkvertrag und der Gesellschaftsvertrag in Betracht. Die außerhalb des B G B., hauptsächlich im H G B. geregelten Vertragsformen sind Unterarten der beiden Formen Dienstvertrag und Werkvertrag. Diese unterscheiden sich von jenen nur durch die Besonderheit der Rechtsfolgen, die der H G B.-Gesetzgeber unter Berücksichtigung der kaufmännischen Verhältnisse an jene Formen geknüpft hat. Insofern könnten also auch an sich die Vertragsverhältnisse des H G B., sofern in ihnen nur eine Dienst- oder Arbeitsleistung Leistungsinhalt ist, Verdingungsverhältnisse darstellen. Tatsächlich aber hat sich bei ihnen der Dienstleistungsschuldner in aller Regel nicht verdingt. Die Gründe werden noch zu zeigen sein. Sie sind die gleichen, die auch den Verdingungscharakter beim Dienstvertrag, namentlich aber beim Werkvertrag, ausschließen können. Da sie in Zusammenhang mit diesen Formen behandelt werden sollen, braucht auf die handelsrechtlichen Geschäfte, die Arbeitsleistung zum Inhalt haben, daher nicht näher eingegangen zu werden.

Auch diejenigen Fälle, in denen Arbeit geleistet wird, ohne daß eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung besteht, bedürfen keiner besonderen Erörterung. Die Geschäftsbesorgung ohne Auftrag scheidet deshalb aus, weil das Gesetz eine Vergütung für diese Tätigkeit nicht kennt und, wie noch zu zeigen sein wird, den Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen nicht unter die Dienstbezüge des § 61 Ziffer 1 fällt. Auch der Anspruch aus § 657 B G B. kann hier unerörtert bleiben, da der Vergütungsberechtigte dabei nie in einem Verdingungsverhältnis zum Auslobenden steht. Denn es würde den Erfahrungstatsachen widersprechen, wenn jemand seine Arbeitskraft als Erwerbsquelle dadurch ausnützen würde, daß er im Hinblick auf eine ergangene Auslobung eine Handlung vornimmt. Da deshalb seine Tätigkeit in keinem Zusammenhange mit seiner wirtschaftlichen Existenz stehen kann, kann auch der Vergütungsanspruch nie den Charakter eines für das Existenzminimum erforderlichen Einkommens annehmen[50]).

[50]) Aehnliche Verhältnisse liegen vor bei Berge- und Hilfeleistungen in Gefahren der Schiffahrt: §§ 740 ff. HGB., §§ 93 ff. Binnenschiffahrtsgesetz und §§ 24 ff. Flößgesetz.

Auch die Ansprüche aus einem Mäklervertrag, bei dem ebenfalls eine Verpflichtung zum Tätigwerden nicht besteht[51]), werden im Konkurs des Auftraggebers nie bevorrechtigt sein können. Zwar ist die Tätigkeit des Mäklers im Gegensatz zu dem bei der Auslobung Arbeitenden Erwerbstätigkeit. Seine Tätigkeit beim Gemeinschuldner wird aber im Verhältnis zu der zur Aufrechterhaltung seiner wirtschaftlichen Existenz anderweitigen Tätigkeit nur einen geringen Teil ausmachen. Es ist bei dem einzelnen Tätigwerden des Mäklers bei der im Gesetz vorgesehenen Bedingtheit des Vergütungsanspruchs (§ 652 Abs. 1 BGB.) immer fraglich, ob aus jeder vorgenommenen Tätigkeit auch ein Vergütungsanspruch erwächst. Der Mäkler ist deshalb gezwungen, für eine Vielzahl von Auftraggebern gleichzeitig sich zu bemühen. Daraus ergibt sich aber auch, daß der Vergütungsanspruch gegen den einen Auftraggeber im Verhältnis zum erforderlichen oder wirklichen Gesamteinkommen nicht in dem Maße erheblich ist, daß die Existenzgrundlage im Falle des vollen oder teilweisen Vergütungsanspruchs an den Gemeinschuldner in Frage gestellt wäre.

Da hier die Ansicht vorgetragen und begründet wurde, daß immer dann und insoweit der Vergütungsanspruch aus geleisteter Arbeit konkursbevorrechtigt ist, wenn die Vergütung gerade noch für die wirtschaftliche Existenz erforderlich ist, ist beim Dienstvertrag das Vorrecht ohne Rücksicht darauf, ob ein sogenannter abhängiger Arbeitsvertrag vorliegt, zu gewähren. Stimmt man dem bei, so ist auch das Vorrecht den gesetzlichen Vertretern juristischer Personen zuzubilligen. Die Mitglieder des Vorstandes sind in der Regel durch die Erfüllung der ihnen in dieser Eigenschaft zustehenden Verpflichtungen (vgl. z. B. §§ 231, 232, 239, 241 HGB. für die A.G.-Geschäftsführer) mit ihrer Arbeitskraft vollständig in Anspruch genommen[52]). Die ihnen für ihre Tätigkeit zustehende Vergütung ist in der Regel ihr Haupterwerb. Die Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft sind zudem gemäß § 236 in der anderweitigen Verwertung ihrer Arbeitskraft beschränkt[53]). Von dem hier eingenommenen Standpunkt aus muß deshalb, sofern es sich nur um ein Dauerverhältnis handelt, den gesetzlichen Vertretern juristischer Personen das Vorrecht gewährt werden[54]).

---

[51]) Bestritten; vgl. die Uebersicht der Meinungen bei Planck a. a. O. Vorbem. IV, 1 zu § 652 BGB.

[52]) Was auch von jenen, die das Vorrecht ablehnen, zugegeben wird: RG. 62, 231; 81, 337, 120, 300; RAG. 4, 187. Aufsichtsratsmitglieder haben, da bei ihnen in aller Regel diese Voraussetzungen nicht gegeben sind, kein Vorrecht: RG. 68, 225.

[53]) Vgl. RG. 68, 225.

[54]) Eine Ausnahme gilt nur bei der sogen. „Einmanngesellschaft", wo der einzige „Gesellschafter" gleichzeitig Direktor des Unternehmens ist. Wirtschaftlich ist er aber selbst der Unternehmer und deshalb nicht bevorrechtigt.

Die dagegen vorgebrachten Argumente vermögen diesen Rechtsstandpunkt nicht zu erschüttern. Allen Gegenargumenten liegt die, wenn auch nicht immer klar zum Ausdruck gelangte, Absicht zugrunde, das Vorrecht den Vorstandsmitgliedern deshalb zu versagen, weil deren hohe Forderungen die Konkursmasse auf Kosten der übrigen Konkursgläubiger belasten würden[55]). Es ist nun richtig, daß die hohen Gehaltsforderungen die übrigen Konkursgläubiger erheblich benachteiligen würden. Diese Benachteiligung tritt aber dann nicht ein, wenn man das Vorrecht nur bis zu dem Betrag, der zur Aufrechterhaltung der Existenz erforderlich war und ist, gewährt.

Die Argumente, die man gegen das Vorrecht im Konkurs angeführt hat[56]), sind inhaltlich sehr verschiedenartig:

1. Die Vorstandsmitglieder befinden sich nicht in persönlich abhängiger Stellung. Es wurde bereits ausgeführt, daß zum Begriffe der Verdingung kein derartiges Abhängigkeitsverhältnis erforderlich ist. Aber selbst wenn man der Ansicht sein sollte, daß Verdingung gleichbedeutend ist mit persönlicher Abhängigkeit im Sinne von Dienen, könnte man das Vorrecht den Vorstandsmitgliedern nicht versagen. Denn es ist kein Charakteristikum der Vorstandsmitglieder, in diesem Sinne unabhängig zu sein[57]). Sie sind verpflichtet, die Beschränkungen in ihrer Geschäftsführung einzuhalten, die ihnen Statut und Gesellschafterversammlung auferlegen (§§ 235, 246 H G B.). So kann es vorkommen, daß nach innen der Prokurist mehr Handlungsfreiheit genießt und de facto weniger Anweisungen empfängt als das ihm rechtlich vorstehende Vorstandsmitglied[58]). Schon aus diesem Grunde ist eine Versagung des Vorrechts unter Berufung auf die persönliche Unabhängigkeit ungerechtfertigt.

2. Der Vorstand ist das Organ, der Prinzipal und Leiter des Unternehmens und als solcher für die Abwirtschaftung des Unternehmens verantwortlich[59]). Diese Ansicht vermengt zwei Rechts-

---

[55]) Vgl. z. B. RG. vom 13. 3. 1928 in JW. 1928, 1560.

[56]) Das Vorrecht wird bejaht von OLG. Kiel vom 12. 6. 1914, OLG. 32, 384; OLG. Hamburg vom 7. 9. 1925 in LZ. 1926, 398, JW. 1926, 1592; Mentzel a. a. O. zu § 61 Anm. 3; Staub-Pinner a. a. O. § 231 Anm. 34; Staub-Hachenburg: GmbH-Gesetz § 35 Anm. 67; Bett a. a. O. S. 39.

[57]) Zustimmend OLG. Hamburg vom 7. 9. 1925 in JW. 1926, 1592.

[58]) RG. in JW. 1926 S. 2103 will in diesem Falle, in dem durch innere Beschränkung gem. § 235 Abs. 1 HGB. der Vorstand zu einem bloßen Diener gegenüber einem anderen Gesellschaftsorgan geworden ist, ihm das Vorrecht billigen. Ebenso dem Ehemann, der nur nach außen Geschäftsinhaber, nach innen aber Angestellter seiner Ehefrau ist. Gleicher Ansicht Pick: ebenda.

[59]) So namentlich Jäger a. a. O. § 61 Anm. 14 b; derselbe in JW. 1928, 2714; ZZP. Bd. 50, 336; OLG. Kiel vom 11. 4. 1930 in JW. 1930, 3783; JW. 1926, 2103; RG. vom 13. 3. 1928 in JW. 1928, 1560; RG. in Seuff. Arch. Bd. 63 Nr. 258; Eckartsberg a. a. O. S. 50.

beziehungen. Der Vorstand ist zunächst gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft. Als solcher steht er weder in einem Vertragsverhältnis, noch erhält er Gehalt. Die Frage des Konkursvorrechtes hat also mit dieser Eigenschaft nichts zu tun. Entscheidend allein sind die schuldrechtlichen Beziehungen zwischen ihm und der Gesellschaft. Diese sind dienstvertraglicher Natur[60]). Die Tatsache aber, daß der Vorstand Vertretungsmacht inne hat, kann an seinem Vorrecht genau so wenig ändern, wie die Prokura an dem Vorrecht des mit Prokura ausgestatteten Handlungsgehilfen[61]). Das Vorrecht des Prokuristen ist unbestritten[62]). Das Vorrecht des Prokuristen wird selbst dann nicht in Zweifel gezogen, wenn der Prinzipal geschäftsunfähig ist und deshalb der Prokurist de facto der wirkliche Leiter des Unternehmens geworden ist. Gleiches muß aber auch für die Vorstandsmitglieder gelten. Der Einwand, daß die Vorstandsmitglieder für den Zusammenbruch verantwortlich sind, liegt auf psychologischem, nicht auf juristischem Gebiet. Auch dem Prokuristen wird das Vorrecht nicht versagt, weil er das Unternehmen durch Nachlässigkeit zum Ruin gebracht hat. Es bestehen andere Möglichkeiten, den Schuldigen für seine nachlässige Geschäftsführung und Verwaltung in Anspruch zu nehmen, als auf dem Wege über die Versagung des Konkursvorrechtes. Nicht ganz ohne Unrecht hat Reichel[63]) den Vertretern der entgegengesetzten Ansicht den Vorwurf der Gefühlsjurisprudenz gemacht.

3. Die neuere Sozialgesetzgebung räumt den gesetzlichen Vertretern juristischer Personen immer mehr die Stellung von Arbeitgebern ein[64]). Man verweist auf die Begründung des Regierungsentwurfs des Arbeitsgerichtsgesetzes, wo ausgeführt ist, daß die gesetzlichen Vertreter der juristischen Personen nicht als Arbeitnehmer angesehen werden können. Der Vorstand gelte auch nicht als Arbeitnehmer im Sinne der Gewerbeordnung, der früheren Tarifordnung usw. Diese Ansicht verkennt die relative Bedeutung des Arbeitnehmerbegriffs. Es kann, wie schon Hueck[65]) dargelegt hat, bei dem stark schillernden Arbeitnehmerbegriff immer nur von Fall zu Fall festgelegt werden, ob ein gewisser Personenkreis zu den Arbeitnehmer, d. h. zu den Schutzwürdigen zu zählen ist, oder nicht. Es geht bei der heutigen uneinheitlichen arbeitsrechtlichen Gesetzgebung nicht an, die Arbeitnehmereigenschaft der Vorstandsmitglieder s c h l e c h t-

[60]) Anderer Ansicht Kleinfeller in JW. 1928, 1560, der einen Werkvertrag annimmt und hierdurch zur Verneinung des Vorrechtes der Vorstandsmitglieder zu gelangen glaubt.
[61]) Ebenso Reichel in JW. 1926, 1592; Höfchen in „Arbeitsrecht" Jahrg. 1921 S. 277.
[62]) Vgl. RG. in JW. 1928, 1561.
[63]) JW. 1926, 1592.
[64]) So namentlich RG. in JW. 1928, 1560.
[65]) Handbuch des Arbeitsrechts Bd. 1 S. 25 ff.

h i n zu bejahen[66]) oder zu verneinen[67]). Daraus, daß die Vorstandsmitglieder in manchen Beziehungen, z. B. im arbeitsgerichtlichen Verfahren, nicht als Arbeitnehmer zu gelten haben, darf aber noch nicht darauf geschlossen werden, daß sie auch in den anderen arbeitsrechtlichen Vorschriften als Nichtschutzbedürftige anzusehen sind[68]). Nimmt man aber an, daß der Gesetzeszweck des § 61 Ziffer 1 dahin geht, alle diejenigen in ihrem Lohn zu sichern, die sich durch die Art der Hingabe ihrer Arbeitskraft als der bei ihnen als allein vorhanden fingierten Erwerbsquelle ihrer wirtschaftlichen Selbständigkeit begeben haben, so müssen dazu auch die gesetzlichen Vertreter der juristischen Personen gerechnet werden. Das Vorrecht dieser Personen wird auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß sie gleichzeitig Gesellschafter der von ihnen vertretenen Gesellschaft sind[69]). Denn die Teilhaberschaft besitzen sie weder in ihrer Eigenschaft als Angestellte noch als Organe, vielmehr lediglich als Privatpersonen. Die Rechte des Teilhabers üben sie in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, nicht aber als Organe oder Angestellte aus. Wegen dieser erforderlichen scharfen Trennung sind sie ebenso gestellt, wie jemand, der neben seiner Arbeitskraft noch Geldkapital besitzt und aus diesem Kapital zu dem Verdienst aus der Verwendung seiner Arbeitskraft Einkünfte bezieht. In beiden Fällen berührt der Kapitalbesitz nicht die Rechtmäßigkeit des Vorrechts.

Zeigt so das Beispiel der gesetzlichen Vertreter der juristischen Personen, daß es bei der Frage nach der Findung des Personenkreises des § 61 Ziffer 1 nicht darauf ankommen kann, ob der Bevorrechtigte einen abhängigen Arbeitsvertrag, der gekennzeichnet ist durch die Direktionsbefugnis des Arbeitgebers und durch die Unterordnung des Arbeitnehmers, abgeschlossen hat, so kann auch darin nicht der herrschenden Meinung beigetreten werden, daß man beim Werkvertrag die Vergütungsforderung schlechthin von der Bevorrechtigung im Konkurse ausschließt[70]).

[66]) So Kreller a. a. O. S. 6, von seinem weitgehenden Standpunkt aus auch Nikisch a. a. O.

[67]) So die herrschende Meinung: Kaskel a. a. O. S. 34; Tietze in Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts Bd. 2 S. 549; Erlasse des Reichsarbeitsministeriums vom 1. 9. 1920 und 13. 12. 1930 (RABl. amtlicher Teil 1, S. 52, 94, 329).

[68]) In Bezug auf das Kündigungsschutzgesetz hat deshalb auch das RAG. in Band 4 S. 187 die Arbeitnehmereigenschaft der Vorstandsmitglieder ausdrücklich anerkannt. Ebenfalls gelten die Vorstände als Arbeitnehmer im Aufwertungsrecht.

[69]) Zustimmend Reichel in JW. 1926, 1592; anderer Ansicht OLG. Hamburg in JW. 1926, 1592; LG. Frankfurt a. M. vom 1. 2. 1912 in LZ. 1912, 718.

[70]) Jäger a. a. O. § 61 Anm. 15; Sarwey-Bossert a. a. O. § 54 Anm. 6 sowie alle diejenigen, die das Konkursvorrecht nur beim abhängigen Arbeitsvertrag gelten lassen wollen: Seuff. Arch. Bd. 42 Nr. 23; RAG. vom 17. 9. 1930 und vom 9. 5. 1931 a. a. O.; wie im Text Rümelin a. a. O. S. 282, 283; OLG. München in Seuff. Arch. 56, Nr. 23.

Die Versagung der Bevorrechtigung beim Werkvertrag ist nicht einmal dann gerechtfertigt, wenn man sonst der herrschenden Lehre und Praxis folgt. Denn der Begriff Werkvertrag braucht nicht gleichbedeutend zu sein mit der persönlichen Selbständigkeit in der Arbeitsverrichtung. Versuche, die Unterscheidungsmerkmale von Dienst- und Werkvertrag in dem Grade der Abhängigkeit zu finden, wie sie namentlich von Stadthagen[71]), von Siegel[72]), von Rosin[73]) und von Liefmann[74]) unternommen worden sind, sind von Rümelin[75]) mit Recht zurückgewiesen worden. Es mag dahingestellt bleiben, ob die nach dem B G B. richtige Abgrenzung nach Werk und Wirken auf die Dauer in allen Fällen praktisch befriedigend durchführbar ist[76]). Jedenfalls muß nach den heute geltenden positivrechtlichen Vorschriften daran festgehalten werden, daß beim Dienstvertrag die Arbeit als solche und beim Werkvertrag ein Arbeitserfolg unter eigener Haftung des Arbeitenden geschuldet wird. Diese Abgrenzung ergibt sich aus den eindeutigen Begriffsdefinitionen des § 611 und § 631 B G B.[77]). Bei den meisten Werkverträgen ist es nun allerdings üblich, daß dem Arbeitleistenden keine Weisungen hinsichtlich der Art der Ausführung gegeben werden. Das ist natürlich, da hier der Arbeitleistende den Erfolg schuldet, und es den Leistungsberechtigten gleichgültig sein kann, mit welchen Mitteln und auf welchem Wege der andere zum Erfolg gelangt. Das Vorhandensein einer Direktionsbefugnis des Inhabers des Leistungsanspruchs läßt aber genau so wenig auf das Vorliegen eines Dienstvertrages schließen, wie das Fehlen der Befugnis auf das Vorhandensein eines Werkvertrages. Es gibt gewisse Arbeiten, die im Werkvertrag verrichtet werden und die doch infolge der verhältnismäßig großen Unbestimmtheit der Arbeitsleistung (Genusschuld) eine Direktion durch den Unternehmer erfordern und zulassen. Beispiel: Ein Holzhacker wird von mir beauftragt, 3 in meinem Hof lagernde Klafter Holz zu spalten. An Vergütung erhält er 20.— RM. Ich erteile die folgende Anweisung: Das Holz ist kleinzuspalten. Es ist ferner so zu spalten, daß die einzelnen Holzteile nach der regengeschützten Stelle fallen. Da der Holzhacker den Erfolg, nämlich das Gespaltensein sämtlicher 3 Klafter schuldet,

[71]) a. a. O. S. 82.
[72]) a. a. O. S. 6.
[73]) a. a. O. Bd. 2 S. 31 ff.
[74]) a. a. O. S. 36.
[75]) a. a. O. S. 37, 39 ff.
[76]) Neuere Versuche der Unterscheidung sind unternommen worden von: Nickisch a. a. O., Jakobi, Grundlehren des Arbeitsrechts S. 46 ff.; Hoeniger a. a. O., der allerdings nicht immer seine Grundformen des Arbeitsvertrags mit den beiden bürgerlich-rechtlichen Vertragsformen identifiziert. Gegen die Genannten: Nipperdey, NZfArb. 1926 S. 729, Hueck bei Hueck-Nipperdey Bd. 1 S. 91 ff.
[77]) Vgl. Staudinger a. a. O. Vorbem. zu § 611 Anm. I 1 c mit weiteren Literaturangaben.

liegt ein Werkvertrag vor. Trotzdem sind ihm Anweisungen erteilt worden. Ein Filialleiter eines Großbetriebs steht regelmäßig in einem Dienstvertragsverhältnis, obwohl ihm Anweisungen kaum erteilt zu werden pflegen.

Man ersieht hieraus, daß nicht unbedingt ein Arbeitsverhältnis, in dem Weisungen erteilt werden, mit Dienstvertrag zu identifizieren ist. Das Gleiche gilt in der Umkehrung[78]). Schon hieraus läßt sich deshalb der Standpunkt der herrschenden Lehre, selbst wenn man die Verdingung als Unterordnungsverhältnis auffaßt, nicht aufrechterhalten.

Das gilt noch mehr, wenn man, wie hier geschehen, die Verdingung als wirtschaftliche Abhängigkeit in gezeigtem Sinne ansieht. Dienst- und Werkvertrag sind kein Symptom für wirtschaftliche Abhängigkeit und wirtschaftliche Unabhängigkeit. Auch derjenige, der vertraglich ein Arbeitsresultat versprochen hat, kann auf die Vergütung ebenso sehr angewiesen sein, wie derjenige, der sich nur zur Arbeitstätigkeit verpflichtet hat. Ein Beispiel mag das veranschaulichen: Ein Architekt, der die Anfertigung von Plänen versprochen hat, hat einen Dienstvertrag abgeschlossen. Uebernimmt er dazu noch die Bauleitung, so steht er in einem Werkvertragsverhältnis[79]). Nimmt man an, daß die Plananfertigung eine volle Arbeitszeit von 3 Monaten und die Plananfertigung und Bauleitung eine volle Arbeitszeit von 2 Jahren erfordert hat, so wird in beiden Fällen für den Vergütungsanspruch das Konkursvorrecht zugebilligt werden müssen. Es besteht kein ersichtlicher Grund, im zweiten Falle dem Architekten, nur weil er noch die Bauleitung übernommen hat und deshalb einen Arbeitserfolg schuldet, das Vorrecht zu versagen. — Der Auffassung, daß auch Vergütungsansprüche aus Werkverträgen bevorrechtigt sein können, könnte nun entgegengehalten werden, daß die Materialien[80]) ausdrücklich das Vorrecht nur den Ansprüchen aus Dienstverträgen zugebilligt wissen wollten. Dieser Einwand schlägt aber nicht durch. Es ist zu beachten, daß bei Abfassung der Materialien der zivilrechtliche Begriff von Dienst- und Werkvertrag wohl gemeinrechtlich, aber noch nicht im B G B. niedergelegt war. Im übrigen ist bereits an anderer Stelle den Materialien vorgeworfen worden, daß sie die besonderen wirtschaftlichen Verhältnisse, die überhaupt nur das Lidlohnvorrecht rechtfertigen können, nicht folgerichtig bei der Feststellung des in § 61 Ziffer 1 bevorrechtigten Personenkreises berücksichtigt haben. Die Materia-

---

[78]) Die Unterscheidung Hoenigers a. a. O. S. XV zwischen selbstbestimmter und fremdbestimmter Arbeit zur Aufzeigung der Grundformen des Arbeitsvertrags ist deshalb nicht in allen Fällen haltbar; vgl. auch Melsbach a. a. O. S. 22.

[79]) RG. 86, 78.

[80]) Motive S. 1478.

lien sind deshalb auch hier als Auslegungsmittel ungeeignet. Auch die Ansicht Hueck's[81]), daß sich die Beschränkung des Vorrechts auf die Vergütungen aus Dienstverträgen aus dem Gesetzeswortlaut ergebe, ist zurückzuweisen. Das Gesetz spricht zwar von „Dienstbezügen" und von „Leistung von Diensten". Das berechtigt aber bei teleologischer und folgerichtiger Auslegung nicht zur Annahme, daß damit ausschließlich nur Forderungen aus Dienstmiete bevorrechtigt sein sollen. Es wird zwar, wie gleich noch zu zeigen sein wird, meist ein Anspruch aus Dienstvertrag sein, aber es braucht kein Anspruch aus Dienstvertrag sein. Im übrigen kennt auch § 631 B G B. den Ausdruck „Dienstleistung". Zwar wird an dieser Stelle gleichzeitig von dem durch die Dienstleistung herbeizuführenden Erfolge gesprochen und damit ein Gegensatz zum § 611 B G B. geschaffen. Aber gerade dadurch, daß auch das B G B. die Tätigkeit zur Herbeiführung des Erfolges als „Dienstleistung" bezeichnet, müsste man bei strenger Wortauslegung des § 61 Ziffer 1 zu dem Ergebnis kommen, daß der Gesetzgeber die Bevorrechtigung unabhängig davon sein lässt, ob mit der Leistung der Dienste die Verpflichtung erfüllt, oder ein weiterer Erfolg geschuldet ist. Denn aus dem Gesetzesausdruck „sich zur Leistung von Diensten verdingen" soll nicht der Leistungsinhalt festgelegt werden, vielmehr nur ein Arbeitsverhältnis in weitestem Sinne verlangt sein, das eine besondere Charakterisierung erfahren muß durch das Maß, in dem die Arbeitskraft ausgenützt wird und durch das Verhältnis zu den zur Aufrechterhaltung der wirtschaftlichen Existenz noch abzuschließenden Arbeitsverträgen.

Die Bevorrechtigung der Vergütungsforderungen aus Werkverträgen kann auch nicht mit der Begründung verneint werden, daß das Vorrecht insonderheit deshalb geschaffen wurde, um dem Dienstverpflichteten, dessen Forderung sonst nicht gesichert ist, ein Sicherungsäquivalent zu verschaffen, und daß der Unternehmer des § 631 B G B. genügend dinglich nach Maßgabe der Vorschriften der §§ 647, 648 gesichert ist. In vielen Fällen wird nämlich diese dingliche Sicherung unmöglich sein, weil es an einem Sachwerke überhaupt mangelt. Es ist aber unbestritten, daß Werkverträge auch dann vorliegen, wenn kein S a c h erfolg im Sinne eines körperlichen, unmittelbar sinnlich wahrnehmbaren Erfolges geschuldet wird[82]).

Die hier verteidigte Ansicht, daß nicht schlechthin allen Vergütungsforderungen aus Werkverträgen das Vorrecht zu versagen

[81]) Anm. in RAG. Bd. 10 S. 425.

[82]) Die Ansicht Chatelain's in Revue Trim 3 S. 313 ff., die in der französischen Wissenschaft großes Aufsehen erregt hat, und die den nicht auf einen körperlichen Erfolg gerichteten Arbeitsvertrag als Dienstvertrag und den auf einen körperlichen Erfolg gerichteten Arbeitsvertrag als Werkvertrag ansieht, ist de lege lata für das deutsche Recht nicht verwendbar.

ist, folgt im Wesentlichen der Ansicht Melsbach's[83]) und Kreller's[84]), die beide betonen, daß das durch die verschiedenen arbeitsrechtlichen Vorschriften geschützte Arbeitsverhältnis von der Art der geschuldeten Arbeitsleistung unabhängig ist und die auf diesem Wege auch den „Unternehmer" des Werkvertrags unter Umständen zum Arbeitnehmerkreise rechnen.

Es ist oben bereits angedeutet worden, daß regelmäßig die bevorrechtigte Vergütung aus Dienstmiete stammen wird. Dies hat seinen Grund nicht im Werkvertrag an sich, sondern in der gewöhnlich vorhandenen, aber begrifflich nicht erforderlichen Art des Leistungsinhalts beim Werkvertrag und in den besonderen wirtschaftlichen Verhältnissen desjenigen, der Werkverträge abzuschließen pflegt.

Es ist zunächst eine Erfahrungstatsache, daß die Vollbringung des geschuldeten Erfolgs zeitlich meist nicht so viel Arbeit in Anspruch nimmt, wie die Vollbringung der Dienstleistung aus Dienstverträgen, die meistens fortdauernde Dienstleistungen sind. Da deshalb in der Regel die Arbeitskraft durch den Besteller im Verhältnis zu der innerhalb eines längeren Zeitraumes sonst noch ausgenützten Arbeitskraft nur in geringem Umfange in Anspruch genommen wird, berührt der Vergütungsanspruch des Unternehmers regelmäßig auch nicht seine Existenz. Eine Ausnahme gilt nur für die sogenannten Sukzessiv-Erfolgsverträge[85]).

Hierunter fallen insbesondere die sogenannten Stücklohn- und Akkordverträge, sofern man bei Akkord und Stücklohn an eine Vereinbarung eines Lohnes, der für einen Erfolg festgesetzt ist, der mehrmals realisiert werden soll, denkt[86]). Diese sind Werkverträge[87]). Es ist hier nicht der Raum, die verschiedenen Argumente und Gegenargumente, die bei der Prüfung, ob Akkord- und Stücklohnverträge Werkverträge sind, vorgebracht worden sind, zu beurteilen. Es mag an dieser Stelle der Hinweis auf die Rümelin'schen Ausführungen genügen[88]). Sie haben überzeugend dargetan, daß man nicht Dienstvertrag annehmen kann, wenn man den Lohn von dem Zustandekommen eines Arbeitsresultates abhängig macht und damit die

[83]) a. a. O. S. 57.
[84]) a. a. O. S. 31.
[85]) Vgl. Molitor a. a. O. S. 49 ff.; Melsbach a. a. O. S. 57 spricht von einem Vertrag auf fortlaufende Beschäftigung, worunter auch Werkverträge fallen können; Rümelin a. a. O. S. 54.
[86]) Unter Stücklohn kann nämlich auch der Lohn verstanden werden, der für eine Handlung als solche, die mehrmals vorgenommen werden soll, festgesetzt ist. In diesem Falle liegt ein wirklicher Dienstvertrag vor. Ebenso Rümelin a. a. O. S. 56.
[87]) Zustimmend Rümelin a. a. O. S. 29 ff., 37 ff.; anderer Ansicht: die herrschende Lehre, z. B. Hachenburg: Dienstvertrag und Werkvertrag S. 41; Seuff. Arch. Bd. 28 Nr. 28; Kaskel a. a. O. S. 87
[88]) Rümelin a. a. O. S. 29 ff.

Gefahr dem Arbeitenden überläßt. Auch der Vertrag auf fortlaufende Hervorbringung von Arbeitsresultaten kann nicht deshalb Dienstvertrag sein, weil mehrere Arbeitsresultate geschuldet werden. Denn dadurch wird der Leistungsinhalt als solcher in keiner Weise berührt. Es wird nach wie vor ein „Werk" geschuldet und kein „Wirken"[89]).

Die entgegengesetzte Ansicht, die zur Begründung ihres Standpunktes sich hauptsächlich darauf beruft, daß die Art der Bemessung des Lohnes den Charakter des Vertragstyps unberührt läßt, übersieht den synalagmatischen Charakter der beiden Vertragsformen: Dienst- und Werkvertrag. § 623 a. A. B G B. kann nicht zur Widerlegung der hier verteidigten Ansicht herangezogen werden. Es gibt nämlich auch Löhne und Gehälter, die weder nach Zeitabschnitten noch nach Arbeitsresultaten bemessen sind[90]). Im übrigen kann aus der Tatsache, daß es sich bei den Akkordverträgen um Dauerverträge handelt, auf die deshalb die Kündigungsvorschriften Anwendung finden, nicht auf die Unrichtigkeit der hier verteidigten Ansicht geschlossen werden. Rümelin[91]) hat in seinem Werke genügend dargelegt, daß gewisse Vorschriften des Dienstvertragsrechtes auch bei Werkverträgen angewendet werden können, ohne daß dadurch diese Werkverträge zu Dienstverträgen werden. Folgt man darin Rümelin, so werden manche Hemmungen, einen bestimmten Vertrag als Werkvertrag anzusehen, wegfallen. Es liegt die Vermutung nahe, daß gerade die Akkordverträge deshalb von der herrschenden Meinung unter den Vertragstyp des Dienstvertrags subsumiert worden sind, um sie mit dem im 6. Titel, Schuldverhältnisse, besonderer Teil, B G B. vorgesehenen Rechtsfolgen auszustatten. Silberschmidt[92]) hat ganz richtig gesehen, wenn er sagt, daß man in Wissenschaft und Praxis im allgemeinen deshalb für die Unterstellung des Akkord- und Stücklohnvertrages unter den Dienstvertrag eingetreten ist, weil Arbeitnehmer und Arbeitgeber nicht auf dem Boden der Gleichheit miteinander verhandeln können. Es sind also vollkommen außerbegriffliche Gesichtspunkte, die

---

[89]) Das schließt aber die Möglichkeit nicht aus, daß durch den Willen der Beteiligten bei Verträgen, die auf fortlaufende Beschäftigung gerichtet sind, der Leistungsinhalt tatsächlich ein anderer wird, als bei einem Vertrag, wo die Verpflichtung nur in einem einmaligen Tätigwerden besteht, obwohl in beiden Fällen der Arbeitsschuldner gleichartig tätig wird. Der auf eine Saison verpflichtete Schauspieler schließt einen Dienstvertrag ab. Der Gastschauspieler schließt einen Werkvertrag ab. Der Wille der Vertragsparteien geht dahin, daß im Falle einer Erkrankung der beiden Schauspieler der Saisonschauspieler trotzdem Anspruch auf volle Ausbezahlung seiner Vergütung hat, der Gastschauspieler dagegen nicht. Vgl. Marwitz: Der Bühnenengagementsvertrag.

[90]) Vgl. die auf S. 74 dieser Untersuchung in Anm. 86 angeführte mögliche Bedeutung des Ausdrucks Stücklohn.

[91]) a. a. O. S. 177 ff.

[92]) in „Arbeitsrecht" VII, 75.

zu der hier widerlegten Ansicht geführt haben. Diese Gesichtspunkte müssen selbstverständlich in der rechtlichen Regelung ihre Berücksichtigung finden; das darf aber nicht auf Kosten der Klarheit der beiden Rechtsbegriffe gehen, sondern muß dadurch geschehen, daß man gewisse Rechtsfolgen, die formell an den Dienstvertrag geknüpft sind, bei Vorliegen bestimmter wirtschaftlicher Umstände auch bei Werkverträgen eintreten läßt[93]).

Mit Vorstehendem wird keineswegs eine vollständige Darstellung des Akkordproblems versucht. Die wenigen Ausführungen mögen aber genügen, um den Akkordvertrag als Werkvertrag ansehen zu dürfen. Da das Konkursvorrecht des Akkordarbeiters auch allseitig anerkannt ist, ist eine erschöpfende Darstellung des Akkordproblems im Rahmen dieser Untersuchung auch nicht erforderlich. Es mag nur als festgestellt gelten, daß Akkordverträge, obwohl sie Werkverträge sind, ein Konkursvorrecht zulassen, sofern die übrigen Voraussetzungen des Vorrechts, die wir mit wirtschaftlicher Abhängigkeit kurz bezeichnen wollen, zutreffen[94]).

Sukzessiv-Erfolgsverträge bilden aber nur eine enge Gruppe innerhalb des weiten Gebietes der Werkverträge. Werkverträge sind meistens nur von kurzer Dauer. Der Vergütungsanspruch ist für den Vergütungsberechtigten deshalb meistens in dem gezeigten Sinne unerheblich. Deshalb und nicht wegen des Werkvertrags an sich ist die Bevorrechtigung von Vergütungsforderungen aus derartigen Verträgen selten.

Ein weiterer Grund, warum das Vorrecht Vergütungsforderungen aus Werkverträgen meist versagt werden muß, ist folgender: Da beim Werkvertrag die Vergütung nur geschuldet wird, wenn ein Arbeitsresultat zustandegekommen ist, und deshalb der „Unternehmer" des § 631 damit rechnen muß, daß trotz erfolgten Tätigwerdens ihm eine Gegenleistung nicht zusteht, werden diejenigen Personen, die Werkverträge abzuschließen pflegen, bereits in einer verhältnismäßig starken wirtschaftlichen Position sich befinden. Diese Position kann unter Umständen dazu führen, daß der „Unternehmer" des § 631 gleichzeitig zum Unternehmer in wirtschaftlichem Sinne wird. Diese Unternehmerstellung wird bei Personen, die Werkverträge abschließen, häufiger vorhanden sein, als bei Personen, die in einem Dienstvertragsverhältnis stehen. Aber auch Personen, die sich in Dienstverträgen zur Arbeitsleistung verpflich-

---

[93]) Ueber neue Versuche, den Akkord dogmatisch zu erklären: Kreller a. a. O. S. 34, der ein Dienstvertragsverhältnis annimmt, innerhalb dessen eine Reihe von einzelnen Werkverträgen abgeschlossen werden; Wölbling RABl. n. a. T. 1922 S. 543 ff.; Potthoff: „Arbeitsrecht" X, 114 ff.

[94]) Die im Text genannten Akkordverträge sind nicht mit jenen Verträgen zu verwechseln, die mitunter auch als Akkordverträge bezeichnet werden, und in denen der Arbeitende nur für omnis diligentia einzustehen, die Beobachtung dieser Sorgfaltspflicht aber zu beweisen hat. Trotz Umkehrung der Beweislast sind diese Dienstverträge. Vgl. Silberschmidt a. a. O. S. 73.

ten, können, wie das Beispiel des Handlungsagenten zeigt, eine derartige wirtschaftliche Unternehmerstellung einnehmen.

Unternehmer in wirtschaftlichem Sinne sind solche Personen, die selbständig „mit eigener Entschließung in den Gesamtprozeß der Wirtschaft zwecksetzend eingreifen“[95]). Die Grundidee des Gegensatzes ist an sich leicht faßbar; bei der Unterstellung der einzelnen konkreten Verhältnisse werden aber doch zahlreiche Schwierigkeiten entstehen. Als berücksichtigungswerte Abgrenzungsmomente kommen in Betracht, ob der „Unternehmer“ ein Risiko und einen dementsprechenden Unternehmergewinn hat, ob und mit wieviel Hilfskräften er arbeitet und wieviel Kapital er besitzt. Auch der Umstand, ob er die Rohstoffe selbst stellt, oder sie vom Besteller zugewiesen erhält, kann von Bedeutung sein[96]). Aeußerstenfalls wird das offenkundige Bedürfnis der Lohnsicherung die mit den angeführten Auslegungsmitteln schwierig lösbaren Zweifel über die wirtschaftliche Stellung des „Unternehmers“ zu Gunsten des Vorrechts lösen. Von hervorragender Bedeutung wird diese Frage namentlich dort werden, wo entschieden werden soll, ob die Hausgewerbetreibenden i. w. S. (Heimarbeiter, Hausgewerbetreibende i. e. S. und Zwischenmeister) im Konkurse des Auftraggebers mit ihren Forderungen bevorrechtigt sind. Die Praxis[97]) hat bisher die Entscheidung davon abhängig gemacht, ob ein Dienstvertrag oder ein Werkvertrag vorliegt und d a b e i entscheidenden Wert auf die wirtschaftliche Stellung des Hausgewerbetreibenden gelegt[98]). Insoweit Wert auf die wirtschaftliche Stellung gelegt wird, ist dieser Ansicht durchaus beizustimmen. Sie ist dagegen abzulehnen, wenn sie von der Art der wirtschaftlichen Stellung auf die bürgerlich rechtliche Vertragsform schließt. Im übrigen gelangt man auch hier, wenn auch auf verschiedenem Wege, zu dem gleichen Ergebnis, nämlich dazu, das Vorrecht bei wirtschaftlicher Unternehmerstellung des Hausgewerbetreibenden zu versagen. Bei der Prüfung werden gerade die Vorschriften der §§ 2 und 3 des Gesetzes über die Heimarbeit vom 23. März 1934 wertvolle Anhaltspunkte geben können. Zwar ist der Gegenstand dieses Gesetzes ein anderer als der des § 61 Ziffer 1 K O. Aber es wird auch bei den in §§ 2 und 3 angeführten Personengruppen eine wirtschaftliche Schwäche vorausgesetzt, die ihnen die Eigenschaft des freien Unternehmers nimmt und die sie eines besonderen Entgeltschutzes bedürftig erscheinen läßt (§§ 7, 8, 19 ff). Deshalb deckt sich in etwa der in den §§ 2 und 3 angeführte Personenkreis mit dem Personenkreis, den der § 61 Ziffer 1 voraussetzt.

[95]) Rosin a. a. O. Bd. 2 S. 32.
[96]) Dem steht in diesem Zusammenhange § 119 b der GewO. nicht entgegen.
[97]) RAG. im Konk.Treuh. 1930, 25; RAG. Bd. 11 S. 6 ff.
[98]) Vgl. auch RG. 62, 283, wo die Frage, ob der Vertrag eines Ziegelmeisters Dienst- oder Werkvertrag ist, davon abhängig gemacht wurde, ob der Ziegelmeister in wirtschaftlichem Sinne Unternehmer ist, ob er insbesondere die Ziegel auf eigene Rechnung zu beschaffen hat.

Eine derartige wirtschaftliche Unternehmerstellung kann auch der Handlungsagent des § 84 H G B. einnehmen. Diese Art von Stellung braucht aber bei ihm nicht immer vorzuliegen. Er besitzt zwar Kaufmannseigenschaft (§ 1 H G B.) und kann deshalb nicht Angestellter im Sinne von Handlungsgehilfe sein. Er übt seine Vermittlungs- und Abschlußtätigkeit frei aus, ohne im Wesentlichen Weisungen des Geschäftsherrn unterworfen zu sein. Daraus resultiert aber noch nicht unbedingt seine Unternehmerstellung und die damit verbundene wirtschaftliche Unabhängigkeit. Wer ständig damit betraut und verpflichtet ist, für das Handelsgewerbe eines anderen Geschäfte zu vermitteln oder abzuschließen und dadurch mit seiner Arbeitskraft ausschließlich in Anspruch genommen ist, ist eben trotz seiner Kaufmannseigenschaft regelmäßig in eine finanzielle Abhängigkeit vom Geschäftsherrn geraten. Die herrschende Lehre und Praxis muß folgerichtig, da sie unter Verdingung nur persönliche Unterordnung versteht, zu einer Ablehnung des Vorrechts gelangen[99]). Trotzdem hat es nicht an Stimmen gefehlt, die auch dem Handlungsagenten das Vorrecht zugebilligt wissen wollten, wenn eine wirtschaftliche Abhängigkeit vorhanden ist[100]). Verfehlt ist es jedoch, wie es in einer Entscheidung des Reichsarbeitsgerichts[101]) geschehen ist, bei wirtschaftlicher Schwäche ein Handlungsgehilfenverhältnis anzunehmen, um auf diesem Wege das Vorrecht begründen zu können. Man verfiel hierbei in den gleichen Fehler wie bei den Versuchen zur Abgrenzung von Dienst- und Werkvertrag, indem man außerbegriffliche Momente für die rechtliche Charakterisierung des Beschäftigten entscheidend sein ließ. Wirtschaftliche Abhängigkeit ist zwar eine Eigenschaft, die beim Gehilfen mehr vorkommt als beim Handlungsagenten. Die Unterstellung des Handlungsagenten bei wirtschaftlicher Schwäche unter den Gehilfentyp ist aber deshalb noch nicht gerechtfertigt.

Man hat der hier vertretenen Ansicht vorgeworfen[102]), daß man bei Bevorrechtigung der Forderungen des Handlungsagenten auch die Personengruppen des § 61 Ziffer 4 unter Ziffer 1 einreihen müßte. Der Vorwurf wäre berechtigt, wenn j e d e Vergütungsforderung des Handlungsagenten unter § 61 Ziffer 1 fiele. Dem ist

---

[99]) RG. 120, 302; RAG. vom 16. 11. 1929: Bensh. Samml. 9 Nr. 88 (RAG.) S. 383; vom 10. 12. 1930: Bensh. Samml. 10 Nr. 131 (RAG.) S. 579 ff.; vom 13. 5. 1931: Bensh. Samml. 12 Nr. 79 (RAG.) S. 287 ff.; KG. in DJZ. 1903 S. 179; OLG. Hamburg in DJZ. 1905 S. 968; Staudinger a. a. O. Vorbem. zu § 611 Ziff. V, 3; Jäger a. a. O. § 61 Anm. 14 a; Düringer im „Recht" 1902 S. 702 ff.; Tentler a. a. O. S. 181.

[100]) So Mentzel a. a. O. § 61 Anm. 3; OLG. Naumburg im „Recht" 1901 Nr. 987. Das Reichsgericht hat in der viel zitierten Entscheidung in Bd. 62 S. 229 es ausdrücklich dahingestellt sein lassen, ob ein Vorrecht dann gegeben ist, wenn die Dienste nur für einen Geschäftsherrn erledigt wurden.

[101]) RAG. vom 14. 3. 1928: Bensh. Samml. 2 Nr. 44 (RAG.) S. 145.

[102]) Düringer a. a. O. S. 603.

aber nicht so. Die für den Verdingungsbegriff allgemein aufgestellten Regeln gelten auch für den Handlungsagenten, d. h. seine Forderung ist nur dann bevorrechtigt, wenn er dem Geschäftsherrn seine Arbeitskraft derart zur Verfügung gestellt hat, daß mit dem etwa verbleibenden Rest seiner Arbeitskraft eine selbständige Begründung der wirtschaftlichen Existenz nicht mehr möglich oder zulässigerweise nicht mehr notwendig ist. Diese Voraussetzung, die beim Handlungsagenten besonders dann erfüllt sein wird, wenn er während einer längeren Zeit ausschließlich für den Gemeinschuldner gearbeitet hat, wird regelmäßig bei den in Ziffer 4 genannten Personen nicht der Fall sein. Allerdings sind auch hier Ausnahmen möglich. Der Arzt, der in einer Klinik angestellt ist und dort ausschließlich tätig ist, ist mit seiner Vergütungsforderung nicht nach Ziffer 4, sondern nach Ziffer 1 bevorrechtigt. Die Vorschrift der Ziffer 4 versteht unter den dort genannten Personen solche, die innerhalb eines gewissen Zeitraums für eine Vielzahl von Patienten tätig werden (z. B. der praktische Arzt, die Stadthebamme). Indem gerade der Gesetzgeber ein besonderes Vorrecht für die zuletzt genannte Personengruppe schuf, bringt er zum Ausdruck, daß es sich bei den Dienstverpflichteten der Ziffer 1 um Personen handeln muß, die sich in einem Dienst- oder Arbeitsverhältnis von längerer Dauer und mit erheblicher Inanspruchnahme der Arbeitskraft befinden. Denn es ist nicht einzusehen, warum der gewöhnliche Krankenpfleger, der in einer Klinik angestellt ist, schlechter gestellt sein soll, als beispielsweise ein Handlungsgehilfe. Darnach ist also dem Handlungsagenten das Vorrecht zu gewähren, wenn er sich in eine wirtschaftliche Abhängigkeit vom Geschäftsherrn begeben hat. Diese Einschränkung, die den allgemeinen Erwägungen über das Lidlohnvorrecht entspricht, kennt die ältere Lehre[103]), die dem Handlungsagenten in jedem Fall das Vorrecht zugesichert haben wollte, nicht.

VII. Gesellschaftsverhältnis und Verdingung.

Der Fall, daß der gesetzliche Vertreter einer juristischen Person gleichzeitig Gesellschafter ist, darf nicht verwechselt werden mit jenem, in dem jemand in einem Gesellschaftsvertrag Leistung und Arbeit versprochen hat. Dort eine juristische Person, die neben den Gesellschaftern ein eigenes Leben führt, und die, abgesehen von den Sozialbeziehungen, mit den Gesellschaftern wie mit Dritten verkehrt. Hier ein Gesellschaftsverhältnis und ein Gesellschaftszweck, der nach dem Vertragsabschluß erst durch die Tätigkeit der Gesellschafter Leben erhält. Dort ist die Geschäftsführung keine Beitragsleistung, hier kann sie es sein.

[103]) So Wilmkowski-Kurlbaum a. a. O. § 88 Anm. 4.

Daß Arbeit in einem Gesellschaftsvertrag versprochen werden kann, ergibt sich für die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft aus § 706 Abs. 3 B G B. Das Gleiche gilt unbestrittenermaßen auch für die O.H.G.[104]) und für die Kommanditgesellschaft[105]). Dagegen kann bei der Aktiengesellschaft und bei der G.m.b.H. die Einlage nicht in dem Versprechen von Arbeitsleistung bestehen[106]).

Ist darnach Arbeitsleistung als Beitrag möglich, so kann der hieraus etwa entstehende Vergütungsanspruch nicht konkursbevorrechtigt sein. Der Gesellschaftsvertrag auf Arbeit ist kein Arbeitsvertrag im Sinne der positiven Gesetzgebung[107]). Es ist zwar ein gegenseitiger Vertrag, in dem Arbeitsleistungen geschuldet werden; von dem Arbeitsvertrag unterscheidet er sich nicht durch den Inhalt, sondern durch den besonderen Zweck der Leistung. Während beim Arbeitsvertrag Arbeit zum Austausch von Gegenleistung geleistet wird, fällt beim Gesellschaftsvertrag dieser Austauschzweck weg. Der Gesellschafter arbeitet nicht, um eine Gegenleistung unmittelbar zu erlangen, sondern um einen weiteren, auch den Beitragsleistungen der anderen Gesellschafter gemeinsamen Zweck zu erreichen[108]). In einem zur Entscheidung[109]) gestandenen Fall hatten sich 48 Töpfer zum gemeinsamen Betrieb einer Ofenfabrik in Form einer O.H.G. zusammengeschlossen. Neben unbedeutenden Kapitaleinlagen hatten sich alle Gesellschafter zur persönlichen Arbeitsleistung im Fabrikbetriebe verpflichtet. Sie erhielten hierfür Akkordlöhne. Im Falle des Konkurses der O.H.G. sind sie mit ihren rückständigen Forderungen nicht konkursbevorrechtigt. Diese Töpfer haben zwar mit denjenigen, die in Erfüllung von Arbeitsverträgen Arbeit verrichten, gemeinsam, daß sie ebenfalls ihre volle Arbeitskraft zur Verfügung stellen. Was sie aber von jenen unterscheidet, ist ihre Absicht, nicht unmittelbar um der Gegenleistung, sondern um des Betriebes der Fabrik willen zu arbeiten. Daran ändert auch nichts der Umstand, daß ihnen durch die Gewährung von regelmäßigen Akkordlöhnen ein bestimmtes Mindesteinkommen zur Bestreitung der laufenden Lebenshaltungskosten zugesichert worden ist. Denn dadurch werden ihre Vertragsbeziehungen nicht zu werkvertraglichen, sondern bleiben gesellschaftsrechtlicher Natur.

Gleiches muß grundsätzlich gelten hinsichtlich der Vergütungsansprüche, die die Gesellschaftsverträge vielfach für die geschäfts-

---

[104]) Düringer-Hachenburg-Geiler a. a. O. 1 allgem. Einleitung Anm. 69; Staudinger a. a. O. § 705 IV 2a, bb.
[105]) Vgl. Düringer-Hachenburg-Flechtheim a. a. O. § 161 Anm. 8.
[106]) Staudinger a. a. O.
[107]) Lotmar a. a. O. S. 37; Molitor bei Molitor-Hueck-Ritzler a. a. O. S. 64 ff.; Oertmann a. a. O. S. 9; Staudinger a. a. O. Vorbem. zu § 705, II, 5.
[108]) RG. 76, 276; 78, 303; 81, 303; in JW. 1926 S. 2529.
[109]) Preuß. Ober-Verw.G.St. 16, 430.

führenden Gesellschafter festsetzen[110]). Diese können sowohl in einem festen fortlaufenden Betrage als auch in einem Vorrechte auf Gewinnbeteiligung bestehen. In beiden Fällen entsteht kein besonderer Dienstvertrag neben dem Gesellschaftsvertrag. Diese Gesellschafter sind deshalb im Gesellschaftskonkurs auch nicht mit einem Vorrecht ausgestattet[111]). Im Falle des Konkurses eines Mitgesellschafters können sie, sofern eine Auseinandersetzung stattgefunden hat[112]), da sie Sozialansprüche sind, bei der Auseinandersetzung berücksichtigt werden. Ist der Anspruch nicht berücksichtigt worden, so kann der Geschäftsführer hinsichtlich des nach dem Gesellschaftsvertrage auf den Gemeinschuldner fallenden Betrages an dem bei der Auseinandersetzung und Teilung ermittelten Nettoanteile des Gemeinschuldners abgesonderte Befriedigung verlangen (§ 51 K O.). Das Vorrecht ist nur dann zu gewähren, wenn die Tätigkeit des Gesellschafters keine Beitragsleistung sein soll und er auch nicht gerade in seiner Eigenschaft als Gesellschafter für die Gesellschaft tätig werden will. In diesem Falle liegt je nach dem Leistungsinhalt ein selbständiger Dienst- oder Werkvertrag vor; es ist dies namentlich dann anzunehmen, wenn eine solche Vereinbarung während der Dauer des Gesellschaftsverhältnisses erfolgt, oder es sich um eine Tätigkeit handelt, die über das Maß des üblichen hinausgeht[113]). Falls im Weiteren diese Dienst- oder Werkverträge Verdingungscharakter haben, kann auch der geschäftsführende Gesellschafter mit seiner Forderung bevorrechtigt sein. In diesem Falle stünde ihm wegen seiner Forderung, durch die ja keine Sozialverpflichtung entsteht, weder das Recht auf Berücksichtigung bei der Auseinandersetzung zu, noch das Absonderungsrecht des § 51 K O. Dagegen kann er seine Ansprüche gegen jeden anderen Mitgesellschafter als Gesamtschuldner geltend machen und im Konkurse des Mitgesellschafters Bevorrechtigung seines Anspruches verlangen. Im Falle des O.H.G.-Konkurses kann er seinen Vergütungsanspruch ebenfalls als Vorrechtsforderung anmelden.

Dies ist aber immer eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß die Vergütungsansprüche der Geschäftsführer ebensowenig bevorrechtigt sind wie die Ansprüche der übrigen Gesellschafter, deren Beitragsleistung in Dienstleistung besteht und die hierfür eine Ver-

---

[110]) Die Vergütung gehört deshalb auch zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb: vgl. § 29 Nr. 3 des a. Einkommensteuergesetzes.

[111]) Zustimmend Düringer-Hachenburg-Geiler a. a. O. Anm. 72; Jäger a. a. O. § 61 Anm. 15 a. E.

[112]) Die Vorschrift des § 728 BGB. ist nicht zwingender Natur.

[113]) Die dem Ersatzanspruch des § 110 Abs. 1 HGB. zugrundeliegenden Aufwendungen können sowohl „Beiträge" als auch „Aufwendungen" i. e. S. sein. Im ersten Falle sind sie als Beiträge nicht bevorrechtigt; im zweiten Falle entspringen sie zwar einer an sich außergesellschaftsrechtlichen Beziehung; sie sind aber keine „Dienstbezüge". Vgl. Düringer-Hachenburg-Flechtheim a. a. O. zu § 110 Anm. 4 und 15 und die dort zitierten Entscheidungen.

gütung beziehen. Aus dem Zweck, den geschäftsführenden Gesellschaftern ohne Rücksicht auf Gewinn einen festen, laufenden Betrag zur Fristung ihres Lebensunterhaltes zu gewähren, darf noch nicht auf die dienst- oder werkvertragliche Natur des Verhältnisses geschlossen werden. Denn es gibt in der Praxis viele Gesellschaftsverträge, in denen auch eine Verzinsung von eingebrachtem Kapital ohne Rücksicht auf den Gewinn verabredet ist. Umgekehrt spricht nicht unbedingt gegen den arbeitsvertraglichen Charakter, wenn die Vergütung nur bei Gewinn bezahlt werden soll. Denn auch der einfache Fabrikarbeiter kann am Gewinn beteiligt sein, ohne daß er dadurch Gesellschafter wird[114]).

Ein Gesellschaftsverhältnis vermag also regelmäßig kein Vorrecht zu erzeugen. Das ist bedeutsam beim sogenannten Gruppenarbeitsvertrag und bei den diesem verwandten Rechtsformen[115]). Die Arbeitnehmer schließen sich nicht selten zu einer Gruppe zusammen. In den meisten Fällen wird es sich um eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes oder um einen nicht rechtsfähigen Verein handeln. Die Rechtsform der O.H.G. kommt kaum in Betracht, da in den meisten Fällen kein Handelsgewerbe im Sinne der §§ 1. 105 H G B. vorliegt.

Die Vielgestaltigkeit des Wirtschaftslebens hat außerordentlich verschiedenartige Formen beim Gruppenarbeitsvertrag herausgebildet. Nach Hueck-Nipperdey[116]) lassen sich zwei Grundformen[117]) unterscheiden: Die Betriebsgruppe und die Eigengruppe:

1. Bei der B e t r i e b s g r u p p e haben die Arbeitnehmer ihre Arbeitsverträge einzeln und unabhängig voneinander mit dem Unternehmer abgeschlossen. Aufgrund des ihm zustehenden Direktionsrechtes überträgt er einer Arbeitnehmergruppe eine gemeinsame Arbeit und berechnet aufgrund des Arbeitsvertrags oder aufgrund einer erst hinterher mit den einzelnen Arbeitnehmern geschlossenen Vereinbarung das der Gruppe zu zahlende Entgelt nach dem gemeinsamen Arbeitserfolg (Gruppenakkord). Die Zahlung des gemeinsamen Entgeltes kann nun auf verschiedene Weise erfolgen. Einmal dadurch, daß das Gesamtentgelt schon vor der Auszahlung unter die einzelnen der Gruppe angehörenden Arbeitnehmer verteilt wird. Dieser Fall bereitet im Rahmen dieser Untersuchung keine Schwierigkeiten. Jedem einzel-

---

[114]) Sogenannte partiarische Rechtsgeschäfte: Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte 1907; Knoke a. a. O. S. 13 ff.

[115]) Vgl. hierüber Hueck-Nipperdey a. a. O. Bd. 1 S. 373 ff.; Ihrig: Rechtsfragen beim Gruppenakkord 1916; Lotmar a. a. O. Bd. 2 S. 490.

[116]) a. a. O. S. 374 ff.

[117]) Auf eine dritte Grundform, das sogen. Gehilfenverhältnis, braucht an dieser Stelle nicht näher eingegangen zu werden, da es unter dem Gesichtspunkt des § 61 Ziffer 1 keine besonderen Fragen aufwirft. Vgl. Hueck-Nipperdey a. a. O. S. 379 f.

nen Arbeitnehmer steht ein besonderer Lohnanspruch zu. Anders ist dagegen die Rechtslage, wenn der Gesamtlohn an die Gruppe als solche ausbezahlt wird und es der Gruppe überlassen bleibt, den Lohn an die einzelnen Gruppenmitglieder aufzuteilen. In diesem Falle kann das einzelne Mitglied vom Arbeitgeber keine Lohnzahlung an sich selbst verlangen. Unter den einzelnen Mitgliedern entsteht ein gesellschaftliches oder gemeinschaftsrechtliches Verhältnis.

2. Bei der Eigengruppe haben sich die Gruppenmitglieder bereits vor Abschluß des Arbeitsvertrages zu einer Gruppe zusammengeschlossen und bieten nunmehr gemeinsam ihre Arbeitskraft dem Arbeitgeber an[118]). Dabei ist nun wieder zu unterscheiden, ob der Vertragsschluß im Namen der einzelnen Mitglieder (unechte Eigengruppe) erfolgt oder ob die Gruppe als solche den Vertrag abschließt (echte Eigengruppe). Im ersten Falle liegen Arbeitsverträge zwischen dem einzelnen Mitglied und dem Arbeitgeber vor, wobei aber der Lohn ebenfalls wieder an die Gruppe als solche oder sofort unter Umgehung der Gruppe an die einzelnen Mitglieder ausbezahlt werden kann. Bei dieser Sachlage gilt dann das zu 1. Gesagte. Bei der echten Eigengruppe bestehen dagegen zwischen Arbeitgeber und Gruppenmitgliedern überhaupt keine unmittelbaren Vertragsbeziehungen, es sei denn, daß hinsichtlich des für das einzelne Mitglied in Betracht kommenden Lohnes die Gruppe einen Vertrag zu Gunsten Dritter abgeschlossen hat. Aber auch in diesem Falle liegt keine Arbeitsverpflichtung des Mitglieds dem Unternehmer gegenüber vor, sondern nur der Gruppe gegenüber. Diese Arbeitsverpflichtung kann nun auf einem Arbeitsvertrage beruhen. Sie braucht aber nicht auf einem derartigen Vertrage beruhen und wird auch in den meisten Fällen nicht beruhen, weil sie in der Regel dem Gruppengründungsvertrage selbst entspringt. Es handelt sich also um eine auf Gesellschaftsvertrag beruhende Arbeitsverpflichtung. Dementsprechend besteht auch beim Arbeitsvertrag zwischen Gruppe und Mitglied keine dienst- oder werkvertragliche Beziehung. Die Beziehungen des Arbeitgebers zur Gruppe selbst können den Charakter eines Dienstverschaffungsvertrages haben.

Bei diesen zwei Grundformen sind also folgende Verhältnisse möglich:

a) Die Mitglieder haben sich dem Arbeitgeber verpflichtet und empfangen von ihm direkt den Lohn. In diesem Falle kann der Vergütungsanspruch bevorrechtigt sein.

b) Die Mitglieder haben sich der Gruppe gegenüber zur Arbeitsleistung verpflichtet und haben nur gegen die Gruppe einen Vergütungsanspruch. Beruht die Arbeitsverpflichtung auf einem Ar-

[118]) Beispiele sind Musikkapellen, Schauspielertruppen usw.

beitsvertrag, so ist dieser Anspruch echter Lohnanspruch und wäre im Falle des Gruppenkonkurses[119]) bevorrechtigt. Beruht sie auf Gesellschaftsvertrag, so ist der Anspruch kein Lohnanspruch und entbehrt in jedem Falle des Vorrechts.

Eine andere Frage ist, ob im Falle des Konkurses des Arbeitgebers der Gruppe ein Vorrecht zusteht, mit anderen Worten, ob eine Verdingung der Gruppe möglich ist. Die Frage ist billigerweise zu bejahen. Dies rechtfertigt sich aus der engen Beziehung der Mitglieder zur Gruppe. Die einzelnen Mitglieder dürfen nicht deshalb schlechter gestellt sein, weil die moderne Wirtschaftsentwicklung für manche Betriebsarten Gebilde hervorgebracht hat, die, für sich gesehen, zwar nicht schutzbedürftig im Sinne des Arbeitsrechtes sind, deren finanzielle Schwäche aber unmittelbar Schutzbedürftige berührt, die diese Gebilde tragen[120]).

c) Der Arbeitsvertrag ist mit dem Arbeitnehmer geschlossen. Die Lohnzahlung geschieht über die Gruppe. Hier hat der einzelne immer einen Anspruch an die Gruppe, der in aller Regel kein Lohnanspruch ist, weil er nicht auf Arbeitsvertrag mit der Gruppe beruht. Im Konkurse des Arbeitgebers hat die Gruppe, die in diesem Falle als Betriebsgruppe entweder Gesellschafts- oder Gemeinschaftscharakter trägt, das Lohnvorrecht aus den unter b) mitgeteilten Gründen.

d) Der Arbeitsvertrag des einzelnen besteht nur mit der Gruppe, der Lohnanspruch des einzelnen richtet sich jedoch wieder unmittelbar gegen den Arbeitgeber. Hier liegt begrifflich hinsichtlich des Lohnes ein zwischen Gruppe und Arbeitgeber zustande gekommener Vertrag zu Gunsten Dritter vor. Die Dritten sind die Gruppenmitglieder, denen die Bevorrechtigung zuzubilligen ist. Sie selbst haben sich zwar dem Arbeitgeber nicht zur Leistung von Diensten verdingt. Die Bevorrechtigung rechtfertigt sich jedoch aus den unter b) mitgeteilten und hier analog anzuwendenden Gründen.

C. DIE FRAGE DER NÜTZLICHKEIT DER DIENSTLEISTUNG FÜR DEN LEBENS- UND WIRTSCHAFTSKREIS DES GEMEINSCHULDNERS.

Der § 61 Ziffer 1 K O. stellt als weiteres Erfordernis auf, daß die Dienste für den „Haushalt, Wirtschaftsbetrieb oder Erwerbs-

[119]) In diesem Falle muß die Gruppe aber eine G. m. b. H. oder eine Genossenschaft oder ein nicht rechtsfähiger Verein (§ 213 K.O.) sein, da die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts selbst nicht konkursfähig ist. Bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ist nur eine bevorrechtigte Konkursforderung gegen einen in Konkurs gegangenen Mitgesellschafter gegeben.

[120]) Im Ergebnis beistimmend: Hueck-Nipperdey a. a. O. S. 378.

[121]) Vgl. Motive S. 1479.

geschäft" des Gemeinschuldners geleistet worden sind. Der Lidlohn erscheint daher als nützliche Verwendung[121]. Damit wird aber nicht verlangt, daß die Dienstleistung tatsächlich von Nutzen für die Konkursmasse gewesen sein muß. Dem Gesetzgeber liegt nämlich die Vermutung zu Grunde, daß alle Dienste für den Haushalt, den Wirtschaftsbetrieb oder das Erwerbsgeschäft, also auch Dienste zur Befriedigung persönlicher Bedürfnisse mittelbar oder unmittelbar eine nützliche Verwendung sind. War im Einzelfalle diese Verwendung nicht vorhanden, so wird dadurch die Vergütungsforderung nicht zur einfachen Konkursforderung, sondern behält zufolge der ihr unwiderlegbar praesumptiv zugelegten Eigenschaft das Konkursvorrecht.

Der Begriff „Haushalt" umfaßt das gesamte Hauswesen. Alle diejenigen, die zur Betreuung der körperlichen und geistigen Bedürfnisse dem Gemeinschuldner und seiner Hausgenossenschaft ihre Arbeitskraft zur Verfügung gestellt haben, können bevorrechtigte Konkursgläubiger sein.

Eine andere Ansicht[122] verlangt, daß die Dienstleistung für den Haushalt stets eine Beziehung zum Vermögen haben und eine auf Erhaltung, Erwerbung, Umsetzung oder Verausgabung von Vermögenswerten gerichtete Tätigkeit als Fürsorge für Vermögensgegenstände, Gebrauch oder Verbrauch usw. sein muß. Es muß eine nützliche Verwendung für die Konkursmasse vorliegen. Diese Ansicht wird aus dem Sprachgebrauch und aus der Entstehungsgeschichte des § 61 und des § 22 K O. abgeleitet. Es ist aber nicht richtig, daß der gewöhnliche Sprachgebrauch mit dem Wort „Haushalt" immer eine vermögensmäßige Vorstellung verbindet. „Haushalt" wird oft mit sehr verschiedenartigem Inhalt gebraucht. Unter „Haushalt" kann man, in engster Auslegung, die Gesamtheit jener Beziehungen erblicken, die die täglich wiederkehrenden Bedürfnisse betreffen. In diesem Sinne ist z. B. das Wort Haushaltsgeld zu verstehen, das vom Hausherr der Hausfrau vornehmlich zum Zwecke der Befriedigung der täglichen, meist körperlichen Bedürfnisse überlassen wird. In diesem Sinne wäre also der Tapezierer, der ein Zimmer neu tapeziert hat, nicht im Haushalt beschäftigt gewesen. Unter „Haushalt" kann man aber auch das Gesamtleben der Hausgenossen in all ihren wechselseitigen Beziehungen und Lebensbedürfnissen verstehen. Im Haushalt wäre dann auch der Tapezierer, der Hauslehrer und Musiklehrer beschäftigt anzusehen. Man ersieht hieraus, daß bei der Möglichkeit der verschiedenartigen Bedeutung des Wortes „Haushalt" der allgemeine Sprachgebrauch nicht als Auslegungsquelle herangezogen werden kann. Auch die von Sarwey-Bossert angeführte Entstehungsgeschichte[123] vermag die Ansicht, daß

[122]) Sarwey-Bossert a. a. O. § 54 Anm. 5.
[123]) a. a. O. § 19 Anm. 1.

der Ausdruck „Haushalt" ein vermögensmäßiger Begriff ist, nicht zu stützen. Daß der in der Kommission angenommene Zusatzantrag „Websky" („. . . gleichviel, ob die Dienstleistung an die Person des Gemeinschuldners geknüpft ist oder nicht.") in erster Lesung nicht beantragt worden ist, ist noch kein Grund, um anzunehmen, daß damit Vergütungen für an die Person des Gemeinschuldners geleistete Dienste nicht bevorrechtigt sein sollten. Es ist ebenso sehr möglich, daß man mit dem Ausdruck „Haushalt", der sich in dem Entwurf noch nicht fand, das Gleiche ausdrücken wollte, was Websky mit seinem Zusatzantrag beabsichtigte. Zu einem klaren Ergebnis vermag man deshalb auch nicht bei Heranziehung der Entstehungsgeschichte zu gelangen.

Die amtliche Begründung[124]) spricht nun allerdings von „Diensten und Leistungen, welche dem Geschäfte und dem Vermögen des Gemeinschuldners und mit der Konkursmasse den übrigen Gläubigern zum Nutzen gereichen". Demgegenüber muß aber die Frage aufgeworfen werden: Welche Vermögensstücke sind überhaupt Haushaltsvermögensstücke, wenn sie auf der einen Seite keine Vermögensstücke des Erwerbs- oder Wirtschaftsbetriebs sein und auf der anderen Seite doch die Konkursmasse berühren sollen. Da nach § 1 KO. das Konkursverfahren nur das der Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen umfaßt, so wären also folgerichtig nur die Nichtkompetenzstücke im Sinne des § 811 ZPO. Haushaltsvermögensstücke. Die Kompetenzstücke jedoch wären deshalb keine Haushaltsvermögensstücke, da sie ja nach § 1 KO. nie in die Konkursmasse fallen können und deshalb eine Verwendung auf sie auch nie eine nützliche Verwendung auf die Masse sein kann. Man käme damit zum Ergebnis, daß beispielsweise ein Handwerker, der das dem Gemeinschuldner gehörige Bett (Kompetenzstück) frisch poliert hat, keine Dienste für den Haushalt verrichtet hat; dagegen hätte er Haushaltsdienste verrichtet, wenn er nur das im Gastzimmer stehende Bett (Nichtkompetenzstück) poliert hätte. Sofern auch die übrigen Voraussetzungen des § 61 Ziffer 1 erfüllt wären, müßte deshalb folgerichtig nach der Ansicht von Sarwey-Bossert im ersten Fall das Vorrecht versagt und im zweiten Fall das Vorrecht zugebilligt werden. Es bedarf keiner weiteren Ausführung, daß dieses Ergebnis widersinnig ist.

Im übrigen bereitet auch die Unterscheidung der vermögensmäßigen Dienste von den nichtvermögensmäßigen Diensten unüberwindliche Hindernisse. Nach Sarwey-Bossert würde die Köchin keine vermögensmäßige Tätigkeit ausüben. Wie ist aber die Rechtslage, wenn sie gleichzeitig noch Einkäufe besorgt? Da sie in diesem Falle Vermögenswerte umsetzt, wäre sie haushaltsbeschäftigt und demnach bevorrechtigt.

[124]) Motive S. 1478.

Die von Sarwey-Bossert gemachte Unterscheidung ist deshalb unter Berücksichtigung aller vorgetragenen Gesichtspunkte abzulehnen. Konkursbevorrechtigt sind auch jene Vergütungsansprüche, bei denen der Dienstschuldner Dienste zur Befriedigung von persönlichen Bedürfnissen des Gemeinschuldners und seines Hausstandes verrichtet hat. Hierunter können also auch die Ansprüche des Privatlehrers und des Dienstmädchens fallen.

Nicht erforderlich ist, daß die Personen in den Hausstand aufgenommen sind. Das Dienstmädchen, das allabendlich in die elterliche Wohnung zurückkehrt, ist ebenfalls konkursbevorrechtigt[125]). Ist der Gemeinschuldner zwar Dienstberechtigter, werden jedoch die Dienste nicht ihm persönlich und auch nicht für sein Erwerbsgeschäft oder seinen Wirtschaftsbetrieb geleistet, sondern einer anderen im Hausstand lebenden Person, so muß verlangt werden, daß es sich um ein Bedürfnis handelt, das regelmäßig der Vorstand eines Haushaltes, wenn auch mit Hilfe Dritter, zu befriedigen pflegt. Andernfalls werden zwar die Dienste in Erfüllung eines dem Gemeinschuldner zustehenden Anspruchs, aber nicht für dessen Haushalt erfüllt.

Unter die Dienste für das Erwerbsgeschäft fallen alle Dienste, die zum Zwecke des Erwerbs geleistet werden und zwar zum Zwecke des Erwerbs des Gemeinschuldners. Derartige Dienste leisten also vor allen Dingen die kaufmännischen Arbeiter und Angestellten. Von einem Erwerbszwecke kann dann nicht mehr gesprochen werden, wenn das Gewerbe des Gemeinschuldners sich bereits in Liquidation befindet[126]).

Andererseits ist nicht erforderlich, daß es sich gerade um ein Handelsgewerbe im Sinne des § 1 H G B. handelt. Auch das Theaterpersonal oder die Schreibkräfte eines Rechtsanwalts oder die Laboranten eines Arztes verrichten Dienste im Erwerbsgeschäft. Gleiche Grundsätze gelten für die Auslegung des Begriffes Wirtschaftsbetrieb. Unter Wirtschaftsbetrieb versteht das Gesetz lediglich eine Unterart von Erwerbsgeschäften, die durch den land- oder forstwirtschaftlichen Charakter des Betriebs ausschließlich gekennzeichnet ist.

D. DER BEGRIFF DER DIENSTBEZÜGE.

Gegenstand der Bevorrechtigung sind die Dienstbezüge des Dienst- oder Arbeitsverpflichteten. Diese Dienstbezüge sind in der vollen Höhe mit dem Vorrecht ausgestattet, wenn sie unter Berücksichtigung des Existenzminimums zur Befriedigung der Lebensbe-

[125]) Die weitere Frage, ob aus der Fassung des § 22 K O. hervorgeht, daß dort eine Aufnahme in den Hausstand stattgefunden haben muß, kann hier unerörtert bleiben.

[126]) Zustimmend LG. Frankfurt vom 1. 2. 1912 in LZ. 1912, 718.

dürfnisse während der Beschäftigungszeit notwendig sind. Die Bezüge sind nur bruchteilig bevorrechtigt, wenn bereits ein Teil der Dienstbezüge zur Sicherung der wirtschaftlichen Existenz genügt[127]).

Die amtliche Begründung[128]) rechnet unter den Begriff der Dienstbezüge nicht nur den Lohn, das Honorar und Gehalt, sondern auch Kostgeld, Diäten, Stamm- und Schießgeld, Tantièmen, Deputat, Naturalbezüge und dergl. Auch Weihnachtsgeschenke, wenn sie als Teil der Dienstvergütung bedungen werden. Die Gesetzesvorschrift hat diese eingehende Aufzählung vermieden und spricht von Dienstbezügen. Als Beispiele werden Lohn- und Kostgeld genannt. Das schließt nicht aus, auch jene in den Motiven genannten Bezüge als bevorrechtigt anzuerkennen. Mit dem Gesetzesausdruck „und andere Dienstbezüge" wollte der Gesetzgeber gerade die in der Begründung beispielsweise aufgezählten Bezugsarten gemeint haben. Unter den Begriff der Dienstbezüge fallen also alle Arten von Entgelt für geleistete Dienste, wobei zu beachten ist, daß Dienste immer nur dann als geleistet angesehen werden können, wenn eine Verdingung damit zustandegekommen war.

Die Bezüge können sonach auch in Naturalleistungen bestehen. Gratifikationen sind als Dienstbezüge anzusehen, wenn sie vertraglich fest bedungen sind[129]), oder in der in Betracht kommenden Betriebs- und Gewerbeart derart üblich sind, daß auf eine dahingehende stillschweigende Vereinbarung unter den Parteien bedenkenlos geschlossen werden kann[130]). In diesen Fällen entstammen die Gratifikationsforderungen keiner Freigebigkeit des Gemeinschuldners und fallen deshalb auch nicht unter § 63 Ziffer 4 K O. Hier ist also die Gratifikation kein Geschenk an den Arbeitenden, sondern eine besonders bemessene Vergütung im Hinblick auf eine Hand in Hand gehende Steigerung der Lebenshaltungskosten des Arbeitenden (die Weihnachtsgratifikation hat ihren Grund nicht darin, dem Arbeiter und Angestellten in Anerkennung seiner während des Jahres geleisteten Dienste anläßlich des Weihnachtsfestes eine Freude zu machen, sondern darin, ihm die Bestreitung der in dieser Zeit gesteigerten Lebenshaltungskosten zu ermöglichen). Da der Begriff des Existenzminimums nach den auf Seite 33 gemachten Ausführungen weit zu fassen ist, kann deshalb auch nach dem hier eingenommenen Standpunkt die Gratifikation regelmäßig als bevorrechtigt angesehen werden. Bei Jubiläumsgaben[131]) wird man unterscheiden müssen, ob mit dem Jubiläum gesteigerte Lebens-

[127]) Näheres oben S. 49 ff.
[128]) Motive S. 1479.
[129]) Motive a. a. O.
[130]) RG. in Seuff. Arch. Bd. 69 Nr. 36.
[131]) Sofern man sie überhaupt als Entgelt für geleistete Dienste ansieht; hierüber Jäger a. a. O. § 59 Anm. 8.

haltungskosten des Dienst- oder Arbeitsverpflichteten verbunden sind oder nicht. Das wird bei Firmenjubiläen zu verneinen sein, dagegen zu bejahen sein, wenn z. B. der Dienstverpflichtete mehrjährige Betriebzugehörigkeit feiern kann.

Faßt man die sogenannte Urlaubsvergütung als Entgelt für vorausgeleistete Arbeit auf[132]), so bestehen ebenfalls keine Bedenken, diese Vergütung als Lohn anzusehen. Auch von der hier verteidigten Ansicht aus genießt sie dann das Vorrecht, wenn durch den Konkurs des Arbeitgebers der Arbeitnehmer entlassen worden ist und so die Urlaubsgewährung unmöglich geworden ist.

Der Ausdruck „Tantième" (= Gewinnanteil) darf nicht dazu führen, jeden Gewinnanteil als Unterart der Dienstbezüge anzusehen und ihnen damit eine Bevorrechtigung zu gewähren. Der Gewinnanteilsanspruch ist nur dann Lohn- oder Gehaltsanspruch, wenn er seinen Grund in einem Arbeitsvertrag hat, der dadurch zu einem partiarischen Vertrage wird. Liegt eine Beteiligung gesellschaftlicher Natur vor, so ist der Gewinnanteilsanspruch nicht deshalb bevorrechtigt, weil die Motive von den Tantièmen als von bevorrechtigten Dienstbezügen sprechen. In den Motiven ist Tantième als eine Art von Vergütung gemeint, die, entweder neben festem Lohn oder ohne festen Lohn, als Vergütung bei Arbeitsverträgen verabredet wird.

Ob Schadensersatzansprüche unter § 61 Ziffer 1 fallen, entscheidet sich nach dem Anspruchsgrund. Ist der Schadensersatzanspruch Surrogat für eine sonst bestehende Vergütungsforderung, so ist der Schadensersatzanspruch mit einem Vorrecht ausgestattet. Das ist z. B. der Fall, wenn der Dienstverpflichtete wegen ungerechtfertigter Entlassung oder infolge einer durch vertragswidriges Verhalten des Dienstberechtigten verursachten Kündigung (§ 70 Abs. 2 H G B.) einen Schadensersatzanspruch hat[133]). Zu dieser Art von Entschädigungsansprüchen gehört auch der Anspruch aus § 57 des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. Januar 1934[134]). Die Argumente, welche man gegen die Bevorrechtigung dieser Forderung vorgebracht hat, sind nicht stichhaltig. Es ist zwar richtig, daß diese Forderungen erst durch Urteil entstehen können, während die anderen Entschädigungsforderungen urteilsmäßig nur deklarativ festgestellt werden. Dieser Gesichtspunkt ist aber für die Frage der Anspruchsbevorrechtigung unmaßgeblich. Ausschlaggebend ist, daß der Arbeitnehmer entlassen worden ist und diese Entlassung für ihn eine wirtschaftliche Härte bedeutet. Da das Gesetz, wenn auch erst durch konstitutiv wirkendes Urteil, an diesen Tatbestand eine Entschädigungsforderung knüpft, so hat es zum Aus-

[132]) So Jäger § 61 Anm. 16; RAG. vom 19. 6. 1929 in Bensh. Samml. 6 Nr. 90 (RAG.) S. 368.

[133]) Ebenso Jäger a. a. O. § 61 Anm. 16 mit weiteren Verweisungen.

[134]) Anderer Ansicht das RAG. in Bd. 6, 106.

druck gebracht, daß es die Entlassung im Falle der im Gesetz angeführten Voraussetzungen als unbillig ansieht. Der Entschädigungsanspruch soll deshalb ein Ersatz für Vergütung von Diensten sein, die, wenn es nach dem Willen der Gesamtheit gegangen wäre, tatsächlich noch weiter geleistet worden wären. Der Anspruch aus dem § 57 a. a. O. ist deshalb ein Surrogat für eine Vergütung für wirklich geleistete Dienste. Dagegen ist der Schadensersatzanspruch, der wegen Verletzung des § 618 B G B. und des § 62 H G B. durch den Dienstherrn entstanden ist, nicht bevorrechtigt. Ebensowenig der Anspruch auf Rückerstattung eines dem Arbeitgeber durch den Dienstverpflichteten gewährten Darlehens[135]). Dabei ist aber zu beachten, daß gestundete Löhne keine Darlehen darstellen. Es ist jedoch wieder ein wirkliches Darlehen, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber ein Darlehen versprochen hat und die Hingabe des Darlehens durch Verrechnung mit Löhnen erfolgt.

Aehnlich liegen die Verhältnisse bei der Kaution. Ansprüche auf Rückzahlung der Barkaution sind regelmäßig nicht bevorrechtigt. Verschieden ist die Lage im Falle der Lohneinbehaltung zu Kautionszwecken. Ist der Lohn einbehalten worden, soll der Lohnanspruch aber weiter bestehen, so ist der Rückerstattungsanspruch bevorrechtigt. Nicht dagegen dann, wenn durch die Einbehaltung des Lohnes der Lohn als bezahlt gelten und eine selbständige Kaution entstehen soll[136]).

Auch der Entschädigungsanspruch für eine Erfindung, die der Arbeitnehmer während des Arbeitsverhältnisses gemacht hat, und die er dem Unternehmer zur Verfügung gestellt hat, ist nicht konkursbevorrechtigt[137]).

Unbestritten ist ferner, daß der Anspruch auf Ersatz von den für den Dienstherrn gemachten Aufwendungen nicht bevorrechtigt ist. Zweifelhaft ist die Rechtslage beim Anspruch auf Ersatz von Reisespesen der Handlungsagenten und Handlungsreisenden[138]). Man wird unterscheiden müssen, ob der Ersatz für die Reisespesen ein wirklicher Ersatz oder ob er nur eine Zulage zu dem festen Lohn oder zur vereinbarten Provision im Hinblick auf die Steigerung der Lebenshaltungskosten sein soll. Im ersten Falle wäre er ein wirklicher Auslagenersatz, bei dem ein Vorrecht nicht zuzubilligen wäre. Im zweiten Fall dagegen ist der Anspruch ein wirklicher Vergütungsanspruch[139]). Ob das eine oder das andere vereinbart ist, ist Tatfrage. Hat der Handlungsreisende oder Handlungsagent über die Spesen abzurechnen, vielleicht sogar Nachweise über die ent-

[135]) Zustimmend Jäger a. a. O.; Stritzke in Konk.Treuh. 1930, 3.
[136]) Zustimmend LG. Hamburg in LZ. 1907, 607.
[137]) Zustimmend OLG. Frankfurt a. M. vom 18. 3. 1908 in LZ. Spalte 714.
[138]) Jäger a. a. O. bejaht schlechthin die Bevorrechtigung der von den Handlungsreisenden gemachten Reisespesen.
[139]) Aehnlich Völnderndorff a. a. O. Bd. 1 S. 625.

standenen Spesen vorzulegen, so wird regelmäßig auf das Vorliegen eines Auslagenersatzes zu schließen sein. Anders dagegen, wenn der Handlungsreisende oder Handlungsagent eine feste Pauschalsumme erhält und diese auch dann behalten darf, wenn die tatsächlichen Spesen unter dieser Summe bleiben. Auch den Ansprüchen aus § 615 B.G.B. und dem § 62 H.G.B. muß das Konkursvorrecht zugebilligt werden. Es liegen ihnen zwar keine wirklich geleisteten Dienste zugrunde, aber der Dienstverpflichtete hat die Dienste angeboten und die Dienstleistung ist ohne sein Verschulden unterblieben.

Kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift des § 75 e H.G.B. gehören auch die sogenannten Karenzvergütungen zu den Dienstbezügen des § 61. Der § 75 e bezieht sich nun zwar nur auf die Karenzvergütungen der kaufmännischen Angestellten. Was aber für diese gilt, muß auch für die Karenzvergütungsansprüche der gewerblichen Angestellten gelten[140]).

E. DIE ZEITLICHE BESCHRÄNKUNG DES VORRECHTS.

Bevorrechtigt sind nur die für das letzte Jahr vor der Eröffnung des Konkursverfahrens oder vor dem Ableben des Gemeinschuldners rückständigen Vergütungsforderungen. Unter „Rückstände" kann nun zweierlei verstanden werden: Man kann den Lohn oder das Gehalt für diese Zeitspanne dann als rückständig ansehen, wenn der Lohn oder das Gehalt innerhalb dieser Frist fällig geworden, oder wenn die zu vergütenden Dienste in dieser Zeitspanne geleistet worden sind. Die herrschende Meinung[141]) hat den Begriff „rückständig" im Sinne der letzteren Möglichkeit ausgelegt. Mit Recht. Der Gesetzgeber will die Vergütung für diejenigen Dienste, die ein Jahr vor der Konkurseröffnung und noch früher geleistet worden sind, von der Konkursbevorrechtigung ausschließen, weil sie auch insoweit, als es sich um Dienste im Erwerbsgeschäft oder Wirschaftsbetrieb handelt, infolge der dazwischen liegenden langen Zeitspanne nur noch zweifelhaften Wert für die Masse haben können. Im übrigen würde die folgerichtige Durchführung der entgegengesetzten Ansicht zu merkwürdigen Ergebnissen führen: Man denke an folgenden Fall: Zwei Unternehmen sind in Konkurs geraten. Das eine am 30. März 1934, das andere am 2. April 1934. In beiden Unternehmen waren die Arbeiter und Angestellten am Gewinn beteiligt. Der Gewinnanteil wurde jeweils fällig mit Ablauf des Geschäftsjahres am 31. März. Beide Unternehmen haben bereits seit einigen

[140]) Zustimmend RAG. vom 6. 5. 1932 Bd. 11 S. 95.

[141]) Vgl. Mentzel a. a. O. § 61 Anm. 3 S. 358; RG. 22, 142, 102, 72; Jäger a. a. O. § 61 Anm. 17.

Jahren den an sich vorhandenen Gewinn nicht mehr ausbezahlt[142]). Im ersten Falle hätten die Betriebsangehörigen einen bevorrechtigten Gewinnanteilsanspruch für die Zeit vom 1. April 1932 bis 31. März 1933. Die Arbeiter und Angestellten des zweiten Unternehmens hätten aber einen derartigen Anspruch für die Zeit vom 2. April 1933 bis 1. April 1934. Wollte man der hier zu widerlegenden Ansicht folgen, so käme es also vor, daß die Vergütungen, die bevorrechtigt sind, für Dienste und Arbeiten gelten, die vor der Zeit verrichtet worden sind, in der die Vergütungen, die nicht bevorrechtigt sind, entstanden sind. Die Unmöglichkeit dieses Ergebnisses ist offensichtlich. Es muß deshalb daran festgehalten werden, daß bei der Frage der Auslegung des Begriffes „rückständig" der Zeitpunkt der Entstehung, d. h. der wirklichen Leistung der Dienste maßgebend ist.

Demgemäß ist auch die Frage, ob der privatrechtliche Ruhegehaltsanspruch des Arbeitnehmers und die Versorgungsgebührnisse der Hinterbliebenen die Bevorrechtigung der Ziffer 1 genießen, zu verneinen[143]). Zwar ändert sich an der wirtschaftlichen Schwäche und Abhängigkeit des Dienstverpflichteten dadurch nichts, daß er in den Pensionsstand tritt, wenn man davon absieht, daß er imstande ist, kleinere unbedeutendere Nebenbeschäftigungen zu betreiben. Die Ruhegehaltsberechtigten leisten aber innerhalb der im § 61 Ziffer 1 vorgesehenen Zeitspanne keine Dienste. Das Ruhegehalt ist ein nachzugewährendes Entgelt für die Gesamtheit der früheren Dienstleistungen[144]). Das Ruhegehalt wird also nicht unabhängig von den früheren Diensten gegeben. Es ist deshalb auch keine Schenkung oder eine Leibrente. Es begründet aber eine einseitige Geldzahlungspflicht, die auch dadurch nicht zu einem gegenseitigen Verhältnis wird, daß bei manchen im Pensionsstand lebenden Arbeitnehmern eine Treuepflicht dem Unternehmen gegenüber fortbesteht. Schwierigkeiten entstehen dann, wenn der Arbeiter oder Angestellte erst im Laufe des der Konkurseröffnung oder dem Ableben des Gemeinschuldners vorausgegangenen Jahres in den Ruhestand getreten ist. Da das Ruhegehalt, wie gesagt, ein nachträglich zu gewährendes Entgelt für die früheren Dienstleistungen darstellt und ein Teil dieser Dienstleistungen noch in das letzte Jahr fällt,

---

[142]) Derartige Fälle kamen tatsächlich vor einigen Jahren noch vielfach vor. Der gewissen Angestellten zustehende Gewinnanteil wurde nicht ausbezahlt, sondern zu Investitionszwecken verwandt. Da sich das Aktivvermögen bilanzmäßig gleich blieb, konnte tatsächlich auch noch für die folgenden Geschäftsjahre, solange keine Abschreibung vorgenommen wurde, ein Gewinn ausgeworfen werden. Der finanzielle Zusammenbruch hatte denn auch immer seinen Grund in der Ueberkapazität des Unternehmens, die bilanzmäßig immer zu spät zum Ausdruck kam.

[143]) So die herrschende Lehre: Jäger a. a. O. § 61 Anm. 16a; RAG. vom 21. 11. 1931 in RAG. Bd. 9 Nr. 61.

[144]) Ebenso RG. 80, 210; RAG. vom 27. 4. 1929 Bd. 8 S. 117.

könnte man annehmen, daß das Ruhegehalt, das nach Verrechnung des Gesamtruhegehaltes auf die einzelnen Zeiteinheiten der Gesamtbeschäftigungszeit auf die Arbeitszeit innerhalb des letzten Jahres fällt, bevorrechtigt wäre. Diese Annahme ginge aber von einer falschen Voraussetzung aus. Daraus, daß das Ruhegehalt ein nachzugewährendes Entgelt ist, kann noch nicht gefolgert werden, daß nun auch ein zahlenmäßig bestimmter Ruhegehaltsanspruch einer früheren, bestimmten Arbeitszeiteinheit entsprechen muß. Das ergibt sich schon daraus, daß das Ruhegehalt in aller Regel bis zum Ableben des Ruhegehaltsberechtigten gewährt wird und sonach einer bestimmten Arbeitszeiteinheit von vornherein ein zahlenmäßig bestimmter Ruhegehaltsanspruch gar nicht entsprechen kann. Das Ruhegehalt ist deshalb ein Entgelt für ie Gesamtdienstleistung, wobei es nicht möglich ist, die Zeit der Beschäftigung in einzelne Zeiteinheiten aufzulösen und jeden Ruhegehaltsteil mit einer dieser Einheiten in Verbindung zu bringen. Der Ruhegehaltsanspruch resultiert also nicht aus einem bestimmten Teile der Dienstleistungszeit, sondern daraus, daß schlechthin einmal, gleichgültig wann, Dienste geleistet wurden.

Der Ruhegehaltsanspruch in dem obenstehenden Beispiele kann deshalb nicht darauf gegründet werden, daß innerhalb des letzten Jahres vor Konkurseröffnung oder vor Ableben des Gemeinschuldners noch Dienste geleistet worden sind.

Lebenslauf.

Ich bin am 4. Februar 1910 als Sohn des Kaufmanns Josef Schöndienst und seiner Ehefrau Anna geb. Dörle zu Herbolzheim im Breisgau geboren. Nach Besuch der Volksschule und der Realgymnasien in Ettenheim und Freiburg i. Br. unterzog ich mich im Frühjahr 1929 mit Erfolg der Reifeprüfung. In der Folge widmete ich mich an den Universitäten Freiburg, Berlin und Heidelberg dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften sowie der Volkswirtschaftslehre. Im Frühjahr 1933 habe ich das erste juristische Staatsexamen in Karlsruhe bestanden. Seither befinde ich mich als Referendar im freiwilligen Vorbereitungsdienst. Zur Zeit bin ich am Landgericht in Freiburg i. Br. Civilkammer II beschäftigt.